

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho



TESIS DOCTORAL

Los derechos fundamentales en la constitución española de 1978 : (un estudio sobre el concepto, modos de producción normativa y ejercicio de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español)

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Luis Prieto Sanchís

DIRECTOR:

Gregorio Peces-Barba

Madrid, 2015

R. 693.189
V

Luis Fernando Prieto Sanchis



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



531357138X

TE
1260

42
82

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA
DE 1978

TOMO I

Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1982

© Luis Fernando Prieto Sanchis
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1981
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal: M-36705-1981

LUIS PRIETO SANCHIS

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.

(UN ESTUDIO SOBRE EL CONCEPTO,
MODOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA
Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS -
FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENT
TO JURÍDICO ESPAÑOL),

TESIS DOCTORAL PRESENTADA
POR EL LDO., D. LUIS PRIE
TO SANCHÍS Y DIRIGIDA POR
EL DR. D. GREGORIO PECES-
BARBA MARTINEZ, PROFESOR-
NUMERARIO DE FILOSOFÍA -
DEL DERECHO DE LA UNIVER-
SIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

-I-

I N D I C E

Página

<u>INTRODUCCION</u> : Derecho Natural y derechos fundamentales.....	1
 <u>CAPITULO PRIMERO</u> : Derechos fundamentales y organización política. El Estado social y democrático de Derecho y los valores superiores del ordenamiento jurídico	48
I).- Las condiciones generales del sistema de protección de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre el poder y la libertad.....	49
1).- Problemas generales de la libertad en el Estado contemporáneo.....	49
2).- Libertad, democracia y concepto de emancipación humana.....	86
II).-El Estado social y democrático de Derecho.....	139
III).- Los valores superiores del Ordenamiento jurídico.....	221

-II-

IV).- Examen particular de la Igualdad.....	257
1).- Introducción. Las dimensiones de la Igualdad.....	257
2).- La Igualdad política.....	260
3).- La Igualdad jurídica como derecho fundamental en la Constitución Española.....	279
4).- Igualdad ante la Ley, Seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.....	284
5).- La Igualdad como regla constitucional / vinculante para el legislador.....	293
6).- Titularidad del derecho fundamental a la Igualdad.....	301
7).- La especificación constitucional del / principio de Igualdad.....	306
8).- La Igualdad sustancial	319
 CAPITULO SEGUNDO : Las formas de producción normativa de los derechos fundamentales.....	 339

-III-

I).- Introducción.....	340
II).- Los derechos fundamentales y la Ley	347
III).- La decadencia de la Ley	379
IV).- La constitucionalización de los derechos fun- damentales	414
V).- Los derechos fundamentales y la Constitución Española de 1.978.....	456
VI).- El desarrollo de los derechos fundamentales..	520
VII).-El contenido esencial de los derechos funda- mentales.....	537
VIII).-Principio de legalidad y reserva de Ley.....	578
IX).- La Ley Orgánica como forma de producción nor- mativa de los derechos fundamentales.....	619
X).- Los Tratados Internacionales como fuente de / los derechos fundamentales en el Derecho Espa- ñol	662
XI).- Consideraciones finales sobre el artículo pri- mero del Código Civil.....	689

<u>CAPITULO TERCERO</u> : Clasificación de los derechos fun	
damentales.....	697
I).- Clasificación y caracterización científica de los derechos fundamentales. Las clasificaciones legales, en particular la recogida en la Constitución Española de 1.978.....	698
II).- Ensayos de clasificación.....	723
1).- Titular del derecho	729
2).- Objeto o finalidad del derecho. Contenido protegido.....	747
3).- Modo de ejercicio y contenido de la / / obligación.....	766
III).- Los derechos fundamentales como sistema jerárquico.....	818
<u>CAPITULO CUARTO</u> : Problemas relativos al ejercicio de los derechos fundamentales.....	830
I).- La fiscalización del ejercicio de los derechos fundamentales	831

1).- Planteamiento del problema.....	831
2).- El régimen represivo.....	836
3).- Régimen de simple comunicación o ins-- cripción.....	858
4).- Régimen de comunicación seguida de pro- hibición.....	864
5).- Régimen de autorización previa.....	868
6).- Sistema de prohibición o suspensión....	871
II).- La suspensión del ejercicio de los derechos / fundamentales.....	877
1).- Derechos fundamentales y crisis del Es- tado.....	877
2).- La suspensión individualizada de los de- rechos fundamentales.....	911
<u>CONCLUSIONES</u>	933
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	955

I N T R O D U C C I O N

DERECHO NATURAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

INTRODUCCION.- Derecho Natural y derechos fundamentales

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el concepto de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, y en particular en la Constitución de 1978. Como cualquier trabajo jurídico, se centra de modo principal en los problemas de validez - desde una perspectiva formal; pero no se trata de una concepción formal de la justicia, ni de una concepción del Derecho como forma, sino de la presentación de la ciencia jurídica como ciencia formal(1). El objeto de nuestro conocimiento nos viene ofrecido por la norma positiva, por la decisión del legislador constituyente, y el método es el propio de la Dogmática jurídica que se utiliza en las disciplinas dedicadas al estudio del Derecho positivo. No obstante, ello no supone que renunciemos a plantear problemas de legitimidad o de eficacia, pero procurando siempre no confundir los planos del análisis.

Sin embargo, es preciso reconocer que en una primera aproximación la idea de los derechos del hombre no evoca únicamente problemas jurídicos, sino también políticos e ideológicos, que deben ser diferenciados en estas páginas introductorias porque ello constituye un presupuesto de toda investigación que intente presentarse de modo riguroso; tal vez no sea posible hallar ningún concepto exclusivamente jurídico y, por ello, es también probable que todo estudio jurídico sea por esencia parcial. Pero sí, como sucede con los derechos fundamentales, esos conceptos pretenden satisfacer una función legitimadora y erigirse en elementos para la crítica del Derecho positivo, es evidente la necesidad de diferenciar con nitidez-

(1) Vid. Bobbio, "Formalismo jurídico", en "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", Ed. di Comunità, Milán, 1977, p. 79 y s., en especial p. 89 y s.

los diferentes niveles de estudio. Los derechos humanos son hoy un concepto prestigioso del que ningún sistema político reniega (2) y en cuyo nombre pretenden ampararse los más diversos movimientos y opiniones. En este sentido, es verdad que nos encontramos ante uno de esos términos que alcanzan tal difusión en un determinado momento que incluso "pueden llegar a constituir signos caracterizadores de las inquietudes de una época, o del entero modo de pensar de una cultura" (3), pero precisamente por ello esos términos carecen de un significado preciso. Tal vez uno de los motivos que dificultan la aproximación rigurosa a los derechos fundamentales sea que no constituyen una moción estrictamente jurídica bien delimitada por la dogmática del siglo XIX, ni siquiera un término exclusivo del lenguaje de los juristas.

Existe una segunda dificultad, para nosotros más importante, que hace referencia a un conjunto de problemas de otra naturaleza, pero que propician también un concepto impreciso y ambiguo de los derechos fundamentales. En síntesis, lo que sucede es que es difícil prescindir de la ecuación derechos naturales-de derechos fundamentales (4). Nos hallamos ante una de las más vigorosas herencias del iusnaturalismo y, como dice Jellinek (5), es lógico suponer que la situación de los colonos americanos les hi -

(2) Es significativo, por ejemplo, que en un volumen colectivo de la Academia de Ciencias de Moscú sobre este tema no aparezca ninguna reflexión sobre la "Cuestión judía" o, en general, sobre la postura de Marx ante los derechos del hombre que sin duda era crítica, al menos en apariencia. No es preciso decir que en ese volumen se contiene una reivindicación socialista de los derechos fundamentales, "El Socialismo y los derechos del hombre", con trabajos de Shajnazarob, Kuritsin, Vitruk y otros. Moscú, 1979.

(3) Pérez Luño, "Delimitación conceptual de los derechos humanos" en "Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema" con trabajos de Cascajo, de Castro, Gómez Torres y Pérez Luño, Universidad de Sevilla, 1979, p.14.

ciese creer que, cuando se reúnen para deliberar acerca de cuestiones comunes, están saliendo del estado de naturaleza por un acto libre de su voluntad para entrar en un régimen de Estado; en cualquier caso, la invocación del Derecho Natural figura también en los primeros documentos franceses y la propia Constitución española afirma que los derechos inviolables son inherentes a la persona (art. 10,1º), lo que es tanto como decir que derivan de su propia naturaleza. En realidad, los planteamientos iusnaturalistas no representan actualmente un problema que enturbie el estricto análisis jurídico, ya que, según creemos, por muy radical que sea el argumento - todos reconocen que el Derecho Natural se sitúa en un orden diferente y que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución - toleran un conocimiento autónomo e incontaminado de elementos iusnaturalistas. Lo que no quiere decir, por supuesto, que el Derecho Natural no siga presentando dificultades a la hora de indagar, más allá de la pura dogmática, sobre el sentido y función histórica de los derechos del hombre. Todo ello nos debe obligar a un esfuerzo de precisión y rigor en el tratamiento de la materia, procurando distinguir netamente los diversos planos o perspectivas desde lo que es posible intentar un conocimiento de los derechos fundamentales.

Y tal vez, antes de apuntar algunas ideas sobre los temas enunciados, sea conveniente una advertencia acerca de la terminología empleada. Excluyendo aquellas formulaciones que por su propia expresión lingüística sugieren un orden diferente al jurídico-positivo o expresan un aspecto parcial de lo que se pretende describir,

(4) Incluso para algún autor la teoría de los derechos humanos - no puede dejar de ser una teoría de los derechos naturales. Vid. Robles, "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos", RIFD, nº3, 1980, p. 479 y s.

todas las denominaciones nos parecen aceptables y no creo que las polémicas sobre este tema ayuden particularmente a dilucidar el concepto (6). Por lo tanto, no utilizo la expresión derechos naturales, ni tampoco la de libertades públicas, muy común en Francia, derechos individuales u otras análogas, ya que, de una parte, estimo que o los derechos fundamentales gozan de tutela jurídica o sencillamente no existen en el mundo del Derecho, y, de otro lado, no todos ellos son de titularidad individual ni se concretan en el ejercicio de una libertad. Sin embargo, derechos humanos, derechos del hombre y derechos fundamentales me parecen intercambiables. Probablemente, las dos primeras gocen de más arraigo y por ello quizás deban preferirse en una aproximación histórica, pues al fin y al cabo el movimiento humanista e ilustrado culmina en la formulación de los "droits de l'homme et du citoyen". Pero, no obstante, me inclino por la expresión "derechos fundamentales" en atención a las razones expuestas ya por el profesor Peces-Barba (7): todos los derechos son humanos y sólo algunos derechos humanos son fundamentales, se sitúan generalmente al máximo nivel de la jerarquía normativa, lo que sugiere su vinculación a los "Grundgesetz" y representan un elemento esencial en el contenido actual de la teoría de la justicia. A ello puede añadirse que los derechos fundamentales evocan una naturaleza "fundacional", y de este modo recuerdan su condición de cláusulas del contrato social o, dicho en términos más modernos, su cualidad de decisión política necesariamente reservada al poder constituyente, que, según explicamos en el capítulo II, se halla fuera del Estado, o al menos jurídicamente puede entenderse que así sucede. Finalmente, y tal vez sea

(5) Jellinek, G., "Teoría General del Estado", trad. de la 2ª edición alemana por F. de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1978, p. 390.

por influencia alemana, parece que la doctrina está reservando la expresión derechos fundamentales para referirse a los derechos re conocidos en las Constituciones (8). En este aspecto, debe insistirse en que la "fundamentabilidad" no viene atribuida por un elemento trascendente, situado en el nivel de las verdades reveladas o de la naturaleza humana, sino por una decisión constitucional, -materialmente constitucional.

Ahora bien, ¿ y si esa decisión constitucional no se - produce?. Sin necesidad de detenernos en la crítica del Derecho Natural, tenemos por cierto que entonces los derechos fundamentales no existen como tales derechos. Pero es evidente que con ello no se cierra el problema, sino más bien todo lo contrario ya que es entonces cuando se presenta la cuestión de la "realidad objetiva" de los derechos fundamentales, de la crítica del Derecho desde instancias metajurídicas, de la comparación entre lo que ofrece el ordenamiento jurídico y las exigencias de unos ciertos postulados. El positivismo jurídico puso de relieve que el Derecho - Natural no era Derecho y hoy esta afirmación parece incontrovertible (9), aunque no debe olvidarse que la moral vino a satisfa-cer funciones encomendadas al Derecho Natural (10); como señala - Passerin d'Entreves en unas páginas muy notables (11) en la ac-
tualidad el gran problema del Derecho Natural sigue siendo el de-

(6) Vid. Sobre este tema Peces-Barba, "Derechos Fundamentales", - 3ª ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 13 y s. Atienza, "Derechos Naturales y derechos humanos: un problema semántico" en "Política y Derechos Humanos", F.Torres, Valencia, 1.976. Pérez Luño, "Delimitación conceptual de los Derechos - Humanos", cit; p. 22 y s.

su validez como teoría de la moral es decir, como forma de conocimiento del deber ser a partir del ser. Las dificultades de esta - conversión del modo indicativo en modo imperativo fueron señaladas ya por Hume (12), pero , en principio, no quiero objetar a la moralidad de la naturaleza; desde una perspectiva secularizada - que renuncie a la revelación bien puede situarse el criterio de - moralidad en el comportamiento natural del hombre. No se trata de que el hombre en el estado de naturaleza fuese justo, sino de que era lo que efectivamente era, y ese "ser" se convierte en "deber ser" con la firma del contrato social.

Ciertamente, la dificultad surge entonces en determinar cuales son los comportamientos naturales del hombre y la verdad que a nosotros nos surge la misma perplejidad que a Rousseau: "los filósofos que han estudiado los fundamentos de la sociedad - han sentido toda la necesidad de remontarse hasta el estado de - naturaleza, pero ninguno ha logrado alcanzarlo" (13). No creemos-

(7) "Derechos fundamentales", cit; p. 13 y s.

(8) Vid. Pérez Luño, "delimitación conceptual de los derechos humanos" cit; p. 23.

(9) Vid. Bobbio, "Giusnaturalismo e positivismo giurídico", cit;- p. 181 y s.

(10) Vid. Bloch, E; "Derecho Natural y Dignidad Humana", trad de F. - Gonzalez Vicens de "Naturrecht und menschliche würde, 1961 ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 233 y s.

(11) " Revisión de la causa del Derecho Natural" en "Derecho Natural", trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972. El trabajo citado tiene su origen en unas conferencias pronunciadas por el autor en la Universidad de Notre Dame (9 y 10 de Octubre - de 1954).

que sea preciso insistir en las dificultades del empeño, la voz de la naturaleza debe ser muy ténue y lejana, pues en otro caso no se comprendería que en tantos siglos de reflexión los filósofos no hubiesen sido capaces de ofrecer una imagen indiscutida del hombre / natural. Unicamente coinciden en que esa voz de la naturaleza es / perfectamente comprensible pues " a pesar de la variedad prodigiosa que se observa entre los individuos de la especie humana, todos tienen una naturaleza común, que no se contradice jamás " (14). La contradicción sin embargo es patente, al menos entre los autores / que deciden formular una tabla de derechos y deberes naturales, / hasta el punto de que, como ha dicho Bobbio, si lo que caracteriza a un régimen tiránico es la arbitrariedad, el regido por el Derecho Natural es el más tiránico de todos, ya que este gran libro de la naturaleza no ofrece criterios generales de valoración y cada / cual lee en él a su modo (15).

-
- (12) En todo sistema de moralidad, dice Hume, los autores establecen la existencia de Dios o hacen observaciones concernientes a los asuntos humanos " y de repente me veo sorprendido al / hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones es no es encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con debe o no debe"; de ahí que el autor afirme que las distinciones morales no se derivan de la razón, "Tratado de la Naturaleza Humana ", trad. de V. Vigueira, Porrúa México, 1977, Libro III, parte I, Sección primera, p.304. Varios siglos después, en esta misma línea, dirá Henri Poincaré que " si ambas premisas de un silogismo están en indicativo, la conclusión también lo estará ... Ahora bien, los / principios de la ciencia, los postulados geométricos, solo / pueden estar en indicativo ", por lo que de un análisis de / esta clase nunca puede obtenerse la conclusión " haga esto / o no haga aquello ; es decir, una proposición que confirme o contradiga la moral ", " Dernières pensées ", París, 1913, / p. 225.

Bien es cierto que la falta de acuerdo entre los autores no es en principio motivo suficiente para que renunciemos a buscar las reglas del comportamiento natural del hombre y, con ello, a fijar el catálogo de derechos fundamentales que un Estado debe respetar si quiere obtener la legitimación material que deriva de la propia naturaleza. El problema es que no se trata de una cuestión de método, de un análisis equivocado del objeto de investigación, sino de una verdadera falta de objeto: el hombre natural, esto es, no condicionado por las convenciones sociales no ha existido nunca, o, si se prefiere, no ha dejado vestigios sobre el planeta. En general, esta afirmación es compartida también por casi todos los iusnaturalistas (16) pero añadiendo inmediatamente que entonces el estado de la naturaleza y el contrato social juegan el papel de hipótesis del conocimiento: no es preciso tomarles como verdades históricas, lo que complicaría enormemente la argumentación, pero es necesario estudiar el Derecho y el Estado "como si hubiese existido". Naturalmente, los obstáculos surgen desde el instante en que las hipótesis de conocimiento se transforman en imperativos de conducta, en criterios para juzgar la legitimidad del Derecho (17).

(13) " Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalité - parmi les hommes". Gallimard, París, 1973. La obra fue escrita en 1754 y utilizo la traducción castellana de S. Masó, "Escritos de Combate", Alfaguara, Madrid, 1979, Prólogo, p. 150. A continuación del párrafo citado, Rousseau compara las doctrinas de Grocio, Locke y Hobbes, poniendo de relieve su diversidad.

(14) Las palabras son del Barón de Holbach, pero podrían ser suscritas por cualquier teórico del Derecho Natural. Vid. "Moral Universal o deberes del hombre fundados en su naturaleza", trad. de M. Díaz Moreno, Imprenta de M. Repullés, 2ª ed. Madrid, 1821, Prólogo XX.

(15) Vid. "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", cit., p. 169.

Así pues, debe rechazarse la idea de que los derechos fundamentales pierdan objetividad una vez emancipados de la doctrina del Derecho Natural. Como acabamos de ver, es difícil hallar doctrina - menos objetiva. Lo que el Derecho Natural tenía de Derecho sucumbió ante la Ciencia positiva y lo que tenía de natural hubo de ceder ante las investigaciones históricas que enseñaron la vinculación entre el modo de pensar y el modo de vivir. Aquí nos interesaba sobre todo el Derecho Natural como doctrina de lo natural-justo que sirviese de fundamento a unos derechos humanos capaces de alcanzar objetividad, no como derechos positivos, sino precisamente como derechos naturales; capaces de ofrecer un criterio de legitimación del poder político desde los postulados inmutables - de la naturaleza humana. Bien es verdad que cabría preguntarse hasta qué punto es factible elaborar una teoría de los derechos fundamentales al margen de la doctrina que desde un principio les dió aliento y protección teórica. Sin duda, es posible en el plano de las categorías jurídicas y en este punto los derechos fundamentales no son ni más ni menos discutibles que las nociones jurídicas habituales, pero, como sabemos, esta constatación es en sí misma insatisfactoria, al menos desde la Filosofía del Derecho. Para el tratamiento de este problema me parece conveniente prescindir de un cierto fatalismo epistemológico que se resumiría en la siguiente idea del profesor Robles: dado "que el nacimiento de la teoría de los derechos humanos se une en íntima comunión con el iusnaturalismo racionalista... se puede decir que la teoría de los derechos

(16) Vid. Del Vecchio, "Sobre la teoría del contrato social" y "sobre varios significados de la Teoría del contrato social" en "Persona, Estado y Derecho", Instituto de Estudios Políticos-Madrid, 1957, p. 188 y s.

humanos es incomprensible desde presupuestos epistemológicos que pretenden traicionar su origen" (18). Creo que a esta afirmación - cabe oponer varias objeciones de carácter general; entre ellas, la de que el problema del conocimiento en las disciplinas humanistas se halla muy vinculado a la noción que en cada época se tenga - acerca del hombre y de su integración en el mundo, incluso a posiciones religiosas, que por regla general es compartida por todos - los autores del siglo, y sin embargo sería aventurado suponer que todas sus filosofías son iguales. Me parece que es más acertado su poner que dos éticas son contradictorias cuando sus postulados son diferentes, aún cuando coincidan en la postura epistemológica. Bien es cierto que esto lo reconoce expresamente el profesor Robles y no pretendemos falsear su pensamiento, pero entonces no se comprende - bien en qué consiste el fracaso de la teoría de los derechos fundamentales, a no ser que aferrados a un puro nominalismo entendamos que aquéllos ~~son~~ y no pueden ser otra cosa que los derechos naturales formulados por el iusnaturalismo, lo que, para ser coherentes, - exigiría renunciar también a todos los conceptos acuñados en el am biente intelectual del XVIII, o sea, a casi todos los conceptos ju rídicos, entre ellos el de Constitución cuya vinculación con el con tractualismo e incluso con la teoría de las "leyes fundamentales" no es preciso recordar.

(17) Son interesantes a este respecto las consideraciones de García San Miguel, " Notas para una crítica de la razón jurídica", 2^a ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1975, p. 216 y s.

(18) Vid. "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor positivo de los derechos humanos", citado, p. 489.

Los derechos fundamentales son un concepto histórico, pero cometieron el gran error de nacer en una época racionalista, o sea, antihistórica.

Es verdad que el Derecho Natural es, ante todo, una forma de aproximarse al fenómeno jurídico que, simplificando mucho, se resume en un cierto dualismo, de acuerdo con el cual existiría un Derecho Natural susceptible de conocimiento, racional o revelado, y un Derecho positivo, cuya validez o legitimidad (o ambas cosas) depende de su fidelidad al orden superior (natural). Pero los derechos naturales no son el Derecho Natural ni resultan tampoco constitucionales a dicha doctrina; existen teorías iusnaturalistas en las que no se formula una teoría de los derechos naturales (19), - lo que prueba su carácter histórico; y, sobre todo, los derechos naturales no son una epistemología, sino un conjunto de principios ético-materiales ideológicamente inequívocos, al menos en su formulación original. Si hemos reconocido que desde la Teoría del Derecho Natural se pueden obtener éticas diferentes, es decir, que la epistemología no determina la ideología, ¿por qué no reconocer también que postulados éticos iguales pueden obtenerse a partir de epistemologías diferentes?

"El mismo contenido al que se ha llegado desde otra postura epistemológica será "materialmente" idéntico, pero no asumirá sus mismos caracteres en orden a su razón de existencia ni en orden

(19) Sobre esto ha insistido mucho Villey, "Philosophie du Droit", vol. I, Dalloz, 1975, p. 136 y s.; y "Seize Essais de Philosophie du Droit". Dalloz, París, 1969, p. 140 y s.

a su extensión de validez y, por consiguiente será radicalmente distinto" (20). Ahora bien, si aceptamos que pueda alcanzarse un "contenido ético-material" idéntico desde posiciones epistemológicas dispares, ¿ por qué no aceptarlo también en relación con un contenido ético-material determinado como son los derechos fundamentales?. Paradójicamente, el profesor Robles lo niega, pero no sobre la base de hablar de los derechos fundamentales, sino de la "teoría" de los derechos humanos. Sin embargo, según creo, la teoría no es en principio de los derechos humanos, sino del Derecho Natural; los derechos fundamentales toman la teoría del Derecho Natural porque surgen en el ambiente intelectual del iusnaturalismo. A mi juicio, o somos fieles al fatalismo epistemológico -y el profesor Robles no parece serlo o es perfectamente posible llegar a contenidos ético-materiales desde epistemologías distintas. La "teoría" la proporciona el método no el objeto; lo que queremos conocer son los derechos fundamentales y lo podemos hacer a partir de diferentes actitudes metódicas ante el fenómeno jurídico .

A mi juicio, los derechos fundamentales constituyen un concepto histórico, pero también prestigioso. Obviamente, que son históricos quiere decir que surgen en un determinado periodo de la evolución humana y que resultan explicables a partir de ciertos fenómenos. Lo que sucede es que el prestigio alcanzado por los derechos humanos justifica también su dinamismo, esto es, -

(20) Robles, op. cit., p. 484.

que hayan traducido intereses y anhelos diferentes e incluso contra puestos : que bajo el "nomen iuris" hayan parecido sucesivamente cri terios de legitimación distintos. El rigor metódico o la ideología / tal vez deberían impulsarnos a prescindir de los derechos humanos, ya sea por su connotación iusnaturalista, ya sea por su connotación liberal, pero no creo que merezca la pena ni que el empeño fuese atendi do por la doctrina y por el legislador.

La pretendida emancipación del Derecho Natural plantea lógicamente el problema del fundamento de los derechos del hombre desde / perspectivas distintas. Me parece sumamente importante precisar qué se entiende por fundamento, ya que, si no queremos confundir los diversos planos de análisis como hacía la doctrina del Derecho Natural, será necesario buscar diversos fundamentos. Al menos, parece conveniente distinguir entre el fundamento de la existencia, de la validez y / de lo que pudiéramos denominar "necesidad axiológica". El fundamento de la existencia nos remite a una investigación histórico-sociológica(21), dirigida al conocimiento de los factores económicos, culturales y políticos que explican el surgimiento primero de la filosofía de / los derechos humanos y, más tarde, de su incorporación al Derecho po sitivo. El fundamento de la validez alude a un problema esencialmente jurídico y, en último término, político; sin duda, es en este punto don de conviene apartarse del iusnaturalismo para afirmar que el fundamen to de la validez de los derechos humanos no es el Derecho Natural, sino el propio derecho positivo, o sea, hablando en términos generales, el poder que dota de eficacia y validez a un ordenamiento jurídico. Por / último, el fundamento axiológico es probablemente el más difícil de hallar fuera de la doctrina del Derecho Natural. Los derechos funda-

(21) A esta se refiere preferentemente Bobbio en "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", R.I.F.D., 1965, p.309, cuando habla de los varios fundamentos posibles.

mentales representan una instancia crítica o de legitimidad del poder y del Derecho positivo, pero ¿por qué los derechos fundamentales?. Me parece evidente que esta pregunta no alude al Derecho, sino a la ética y a la ideología. El único valor que cabe derivar del Derecho mismo es el valor del orden(22), pero los derechos fundamentales encarnan otros valores que no derivan "naturalmente" del orden jurídico, de cualquier orden jurídico. Ahora bien, es preciso afirmar que desde el instante / en que reconozco que este tercer fundamento no deriva del Derecho / mismo, renuncio también al análisis propio de la ciencia jurídica. No se contamina el análisis jurídico con elementos ideológicos precisamente porque no se hace un análisis jurídico, sino una aproximación / crítica al Derecho desde fuera del propio Derecho.

En relación con estos problemas de fundamentación me parece / ineludible hacer referencia a una postura bastante esclarecedora que tiene el mérito de diferenciar con precisión los diversos planos de análisis. Se trata de la llamada concepción dualista de los derechos fundamentales que de modo explícito se propone superar la dialéctica iusnaturalismo-positivismo (23). Según Peces-Barba, los derechos fundamentales son valores y no Derecho antes de su incorporación al ordenamiento jurídico, pero, y con esto se quiere corregir el voluntarismo positivista, son valores objetivos o, mejor dicho, valores que responden a una realidad objetiva, el sentido del ser humano y de su desarrollo, pero cuyo despliegue es progresivo en la historia y se formula con / aportaciones plurales. Sin duda, este planteamiento logra superar alguna de las críticas que se presentan a la fundamentación iusnaturalista de / los Derechos Humanos: queda claro que el Derecho Natural no es Derecho y los dere—

(22) Vid. Bobbio, "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", cit. p. 114 y s.

(23) Vid. Peces-Barba, "Derechos Fundamentales", cit., p. 28 y s.

chos fundamentales precisan de un reconocimiento por el ordenamiento jurídico para que sea posible obtener su tutela. Y también queda claro, aunque tal vez en menor medida, que los derechos fundamentales o los valores que sintetizan su filosofía, no son naturales o inmutables, sino históricos; nacen en un periodo determinado y responden a un conjunto de fenómenos económicos, políticos, culturales, etc., que suele conocerse por tránsito a la modernidad.

En lo que esta argumentación tiene de positivista no creo que deban formularse objeciones: que sólo el Derecho positivo es Derecho, que no cabe hablar de derechos subjetivos ni de derechos fundamentales mientras el ordenamiento jurídico apoyado en el Poder no reconozca la facultad o el área de inmunidad correspondiente, etc. Sin embargo, en su intento de delimitar unos valores objetivos, aunque sea recurriendo a la tesis más relativista del desenvolvimiento histórico, el planteamiento me parece algo más discutible. En primer lugar, porque resulta dudoso que la concepción dualista asuma plenamente la naturaleza histórica de los derechos del hombre y, en segundo lugar, porque si esas dudas se resuelven en sentido positivo, dicha concepción no será capaz, a mi juicio, de sustituir al viejo Derecho natural, esto es, de satisfacer las funciones de legitimación propias de aquel; si se nos permite decirlo así, la crítica al Derecho positivo desde el Derecho Natural nos dejaba la conciencia mucho más tranquila, porque una vez que aceptábamos determinados valores o normas como naturales, o sea, morales, la cuestión se circunscribía a comparar el Derecho

positivo con dichos valores para obtener un juicio de legitimidad sobre el primero. Pero, lógicamente, el análisis histórico no ofrece tales seguridades, pues de la afirmación de que algo es o ha sido no deriva la consecuencia de que deba ser, entre otros motivos porque la propia investigación histórica nos ofrece un mundo de valores dinámicos y no estáticos, donde la manera de pensar aparece a veces demasiado condicionada por la manera de vivir.

La tesis del fundamento histórico suficiente presenta, en efecto, algunos elementos que justificarían una interpretación iusnaturalista, de un iusnaturalismo evolucionista o moderado, algo en la línea de Bobbio, (24); o tal vez fuese más correcto hablar de una "concepción histórico-relativista del Derecho natural" (25) que se resuelve en un optimismo histórico de signo progresista, de acuerdo con el cual la vocación del hombre por la libertad y la dignidad, siempre activa en la historia, cristalizaría en un periodo concreto como es el tránsito a la modernidad en la filosofía de los derechos humanos (26). Parece, en efecto, que los valores de libertad y dignidad se hallan "in nuce" en cualquier momento del desarrollo histórico, o sea, que son ahistóricos y, por tanto, naturales; no así los derechos fundamentales, que se rían la expresión de esos valores en el mundo moderno y que sólo

(24) Vid. Díaz, E., "Sociología y Filosofía del Derecho", Taurus, Madrid, 1976, p. 376 y s.

(25) Vid. García San Miguel, "Notas para una crítica de la razón jurídica", cit., p. 184 y s.

(26) Así, cuando el profesor Peces-Barba afirma que la filosofía democrática y de los derechos del hombre responde a una realidad objetiva, el sentido del ser humano; o cuando señala que "esta actitud metodológica dinámica estaría así al servicio de las necesidades históricas de la dignidad y de la libertad del hombre", "Derechos fundamentales", cit., p.48-49.

pueden comprenderse a partir del profundo cambio en la situación económica y social que genera la aparición del capitalismo y de la burguesía; de la sustitución del sistema político medieval, fragmentado y fundado en los privilegios, por el Estado moderno como forma de poder racional y centralizado; de las transformaciones culturales propiciadas por el Humanismo y por la Reforma, etc. Según la concepción dualista comentada, los derechos fundamentales así entendidos se ponen al servicio de las necesidades históricas de la dignidad y de la libertad del hombre; luego, si la dignidad y la libertad tienen necesidades históricas, es que no son ellas mismas históricas, sino naturales. Debemos indicar, no obstante, que esta conclusión no aparece explícitamente formulada en la concepción dualista; ésta en cierto modo concibe la dignidad y la libertad como fenómenos constatables en un momento histórico determinado, pero sin que la historia misma se comprenda mecánicamente como el descubrimiento de unos principios previos.

Ahora bien, o estos valores de contenido variable se conciben de forma tan amplia que se convierten en simples centros de imputación de esa conquista histórica que son los derechos del hombre (27), o bien pretenden satisfacer las fun-

(27) Es un hecho que en la historia y en particular en la historia de la cultura no existen innovaciones absolutas, lo que explicaría que en su conocimiento siempre se busque (y se encuentre) un precedente, aunque sólo sea nominal, de fenómenos muy posteriores.

ciones legitimadoras del viejo Derecho natural y entonces se comprenden cabalmente como valores naturales. Porque el reconocimiento de que los derechos humanos gozan de un fundamento histórico - suficiente (28) tiene a nuestro juicio una escasa fuerza legitimadora como instancia crítica frente al Derecho positivo. La investigación histórica, que llega a relacionar el conjunto de fenómenos que forman el tránsito a la modernidad y que con ello explica los derechos fundamentales en su génesis y desarrollo, dotándolos de una cierta objetividad, no puede satisfacer el papel del Derecho natural en lo que se ha llamado su formulación radical, esto es, como un criterio externo para juzgar la legitimidad del poder, como una teoría de revolución (29). La doctrina del Derecho Natural obtenía un deber ser a partir del ser, una pauta de comportamiento a partir de la naturaleza humana, pero parece evidente que ello no puede intentarse desde una perspectiva científica de análisis histórico, que explica, pero no valora (30). De ahí que la explicación dualista o bien puede comprenderse entre las doctrinas del Derecho Natural, o bien deja en pie lo que hoy constituye la parte más "vigente" del Derecho Natural.

(28) Vid. Perelman, "Peut-on fonder les droits de l'Homme" en "Le fondement des droits de l'Homme" con trabajos de Bobbio, Russel - y otros. La Nuova Italia, Florencia, 1965.

(29) Vid. Passerin d' Entreves, "Derecho Natural", cit., p. 73.

(30) En realidad, todo análisis histórico describe, explica y valora, pero los hechos pasados. Otra cosa es valorar el presente (el Derecho, por ejemplo) a partir de nociones históricamente objetivas, cuya fuerza legitimadora no puede derivar de esa objetividad, sino de un juicio de moralidad sobre ellas. Vid. Schaff, A., "Historia y verdad" (1971) trad. de I. Vidal, Grijalbo, Barcelona, 1974, p. 287 y s.

No negamos que los derechos fundamentales sean un concepto suficientemente objetivo, pero ello lo único que puede querer decir es que a partir del análisis histórico obtenemos - un conocimiento "objetivo" porque refleja el objeto de forma cognoscitivamente válida para todos los individuos; en otras palabras, aunque existan diferencias, cualquier observador de la historia llegará a una conclusión relativamente segura y aceptable por todos de lo que son los derechos fundamentales. Pero no olvidemos el sentido de este "fundamento suficiente": se trata de corregir el positivismo-voluntarista, según el cual sólo es Derecho el Derecho positivo, lo que se discute, y los derechos fundamentales son los así designados por el ordenamiento jurídico. Pero desde - la perspectiva histórica apuntada no cabe propiamente la crítica del Derecho positivo, sino sólo la constatación de la diferencia, es decir, la comprobación de que los "derechos fundamentales" tutelados en un ordenamiento jurídico no se acomodan en general a - la noción relativamente objetiva que el mundo civilizado tiene de los derechos del hombre que ha venido formándose al menos en los tres o cuatro últimos siglos, a no ser que queramos reconocer una función legitimadora a los modelos históricos obtenidos mediante el estudio de los comportamientos humanos durante un periodo de tiempo o, lo que sería más grave, que, como Hegel o, al menos una cierta interpretación de Hegel, considerásemos a nuestra filosofía como la culminación de la Historia Universal(31).

(31) Decía Hegel que cada individuo es inevitablemente hijo de su tiempo y también la filosofía es su propia época captada en pensamientos. Nadie puede captar la verdad absoluta, porque ello exigiría conocer la evolución del espíritu en su totalidad. La solución era entonces considerar a su tiempo como el

A la altura de nuestro tiempo es verdad que podemos definir con un mínimo de seguridad en qué consisten y cuales son los derechos fundamentales y podemos también comprobar si un cierto ordenamiento jurídico les reconoce o no , pero si además es factible legitimar o criticar ese ordenamiento de acuerdo con la actitud que adopte ante los derechos fundamentales no es porque estos sean relativamente objetivos, sino porque aceptamos que en ellos cristalizan una serie de valores que "responden al sentido del ser humano". La libertad "deber ser" porque "es" un atributo del hombre, se supone que del hombre en estado natural. El poder que no ampara y procura realizar los derechos del hombre es un poder ilegítimo, ya que el fundamento de la asociación política consiste en la garantía de esos derechos que representan la concreción en el mundo moderno de la dignidad y de la libertad humanas.

En cierto modo, la concepción dualista, que sí quiere ofrecer un criterio de legitimación del Derecho válido, nos evoca los planteamientos sobre la realización de la idea en la historia. Prescindiendo ahora de los propósitos concretos del Hegel político y de sus palabras sobre el mundo germánico como última fase del desarrollo y superación de la contradicciones (32), parece que de su

(cont.31) fin de la historia y, sobre todo, salvaguardar el carácter ahistórico de los valores morales. Vid. "Lecciones sobre filosofía de la historia universal. Revista de Occidente, Madrid, 1928. La apreciación es de Stern, A. " La filosofía de la historia y el problema de los valores". trad. de O. Nudler, Eudeba, 2ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 183.

(32) En el párrafo 358 de la "Filosofía del Derecho" y después de referirse al mundo oriental, al griego y al romano, aludirá al mundo germánico como "reconciliación de la verdad objetiva y de la libertad aparecida dentro de la conciencia de sí y de la subjetividad; reconciliación cuyo cumplimiento es asignado al principio nórdico de los pueblos germánicos", cit., p. 162.

filosofía puede derivarse una visión optimista sobre el devenir mismo de la historia (33) que parte de ese "ensayo grandioso de fundir la conceptualidad y la mutación histórica" (34) y que, en el plano que aquí nos interesa, se concreta en una identificación entre razón y realidad de modo que la evolución histórica - se corresponde con el propio desarrollo del concepto (35). La concepción dualista es cabalmente una filosofía del Derecho en sentido moderno en cuanto que en la historia encuentra el único modo de realidad de las objetivaciones del espíritu humano, que, a su vez, "revisten siempre un carácter concreto, referido a un momento histórico, siendo esta referencia la que les presta un sentido absoluto, el único posible". Y, en cuanto al método de conocimiento, renuncia a la forma de discurso abstracto-racionalista para "partir de la concreción de su objeto, y ser por eso también, pensamiento concreto, aprehensión de lo real" (36).

Por ello, porque es una filosofía del Derecho moderna y no una doctrina del Derecho Natural, la concepción dualista de los derechos fundamentales ofrece, a nuestro juicio, dos elementos enormemente valiosos: la correcta delimitación del ámbito de lo jurídico, esto es, de lo concreto real, y un punto de vista

(33) Vid. N. López Calera, "El riesgo de Hegel sobre la libertad", Universidad de Granada, 1973, p. 162.

(34) Vid. Welzel, M., "Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material" trad. de F. González Vicén, 2ª edición Aguilar, Madrid, 1971, p. 184.

(35) Vid. Hegel, "Filosofía del Derecho, cit., par. 1 y 22, p. 39 y 58.

(36) Vid. F. González Vicén, "La Filosofía del Derecho como concepto histórico", Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, ahora en "Estudios de Filosofía del Derecho", Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, 1979, p. 227.

dinámico (histórico) en la definición de los derechos del hombre; se reconoce que no han existido siempre, se les integra de forma coherente en la formación histórica del mundo moderno y se descubre que encierran posibilidades de evolución más allá de los planteamientos originales del liberalismo. Pero en el plano de la crítica al positivismo-voluntarista, es decir, en el momento de buscar un fundamento objetivo a los derechos fundamentales, este punto de vista o bien no responde a lo que, según leíamos en Passerini d'Entreves, constituye el gran reto del Derecho Natural o bien, lo que parece más probable, no se aparta con suficiente rigor de las doctrinas del Derecho Natural, Y difícilmente puede hacerlo si reconduce su argumentación a valores que pertenecen a una hipotética naturaleza humana y que se resumen en esa filosofía perenninista que es la filosofía humanista, es decir, en aquella "que de una forma u otra reconoce la dignidad de la persona y la considera titular de unos derechos que protegen su ámbito de libertad". Empero, ya no todo es histórico; lo es la "una forma u otra", pero no la filosofía en sí misma, que "se ha manifestado... con permanencia a lo largo de toda la historia" (37). Tenemos, pues, la idea y su historia. Ahora bien, ¿hemos obtenido la idea a partir de un análisis "objetivo e imparcial" (dentro de lo que cabe) del devenir histórico?; o, por el contrario, ¿hemos, "recreado" la historia en vistas de probar empíricamente la idea concebida a priori?. En el primer caso, no creo que pueda hablarse de iusnaturalismo, pero siempre que se reconozca que la idea obtenida no-

(37) Vid. "Derechos fundamentales", cit., p. 31.

es un principio moral sobre lo justo y lo injusto, sino una con-
clusión científica, una ley, pero del desarrollo histórico. Tras
el estudio de dos milenios de humanidad tal vez podamos afirmar
la vocación del hombre hacia la libertad, entendida en un sentido
muy general. Pero esta constatación no puede servirnos de criterio
para medir la legitimidad del Derecho positivo vigente, a no -
ser que transformemos la ley histórica en ley moral; o dicho de-
otra forma, a no ser que comprendamos la Historia como el labo -
ratorio de experimentación de los valores naturales. Y, con ello,
llegamos a la segunda pregunta; si lo que hacemos es recrear la
historia en vistas de nuestra propia idea sobre lo justo, no ha
bremos abandonado la doctrina del Derecho Natural y su conocida
inseguridad, porque la historia se puede recrear en muchos senti -
dos y al servicio de numerosos ideales: basta narrar los episodios
de heroísmo y generosidad de los oprimidos, registrar los gritos
de libertad, igualdad y fraternidad, para obtener una antropolo -
gía optimista; pero, ¿ y si evocamos la crueldad del ser humano?
¿ acaso no se halla tan presente en la historia?.

Debe reconocerse, pues, que nos seguimos moviendo en
el plano de la filosofía y no en el de la ciencia, aunque, eso si,
solo en lo que se refiere a los derechos fundamentales como ins -
tancia legitimadora del poder, como principios materiales de jus -
ticia, no en su comprensión jurídica e histórica en sentido es -
tricto. Pero esto, a mi juicio, no merece ningún reproche, ya -
que, por lo demás, como dice García San Miguel (38) "parece suma

(38) Vid. " Notas para una crítica de la razón jurídica ", cit., p.
191.

mente dudoso que sea posible construir, por el momento, una moral empírica, esto es, científica ". No cabe el conocimiento empírico sobre lo natural y cualquier ensayo en este sentido nos conduce a la misma perplejidad que, antes que Kelsen o Bobbio, nos indicaba Rousseau : cada hombre entiende por natural lo que estima más conveniente para la mejor organización social, para la máxima felicidad, etc... Luego, los derechos fundamentales ni son naturales ni pueden conceptuarse como la realizacioón histórica de lo natural; o mejor dicho, no lo sabemos, ya que sobre estas cuestiones no / somos capaces de verificar un juicio científico.

Proponer una solución a estos problemas exigiría una inves--
tigación profunda que sin duda excede de los propósitos que corres
ponden a estas páginas introductorias y de los conocimientos de /
su autor, pero, no obstante, no debemos dejar de enunciar algu--
nas ideas. Tal vez, cualquier trabajo que pretenda explicar /
los derechos fundamentales desde una óptica secularizada no tie--
ne más remedio que invocar la naturaleza. Ya hemos indicado an--
tes que no vemos ninguna objeción en situar el criterio de mora--
lidad en la naturaleza, en el comportamiento natural o no condi
cionado del hombre. Acción moral es la que realizaría el " hom--
bre salvaje " y regla de moralidad la que describe esa acción y la
prescribe como justa en la sociedad civil, en tanto en cuanto esta tiene

por finalidad hacer al hombre "tan libre como antes"; en el estado de naturaleza no cabe un juicio de moralidad y de ahí que la regla describa los comportamientos; en la sociedad civil, en cambio juzgamos moral la ley que respeta esa regla, garantizándola además mediante la coacción (39). Fijamos el criterio de moralidad en la naturaleza porque consideramos el hombre natural como un ser absolutamente libre, no condicionado por los prejuicios y convenciones, de manera que sus actos no pueden concebirse como morales o inmorales; son lo que pueden ser, habida cuenta de su inserción en el medio natural. Pero, como ya sabemos, la dificultad consiste en que no podemos conocer ese comportamiento porque al hombre le hemos conocido siempre condicionado por las convenciones sociales y precisamente de esas convenciones nacieron los derechos y deberes que quisieron presentarse como naturales.

Tal vez una visión más enriquecedora se obtiene si situamos la idea de naturaleza al final del proceso, como un horizonte utópico, en lugar de situarla al comienzo. Bien es verdad que esta actitud no soluciona nada si seguimos atribuyendo al hombre natural un determinado comportamiento, por lo que al mismo tiempo sería preciso renunciar a todo conocimiento de lo que es natural y centrarnos únicamente en los aspectos formales del

(39) Bien es cierto que en lugar de pensar en el buen salvaje podríamos imaginar, en una antropología más pesimista, al hombre en estado de naturaleza como un lobo para el hombre. Ello prueba, como luego veremos, que nuestras ideas sobre la naturaleza se hallan prejuzgadas, por lo que el texto debe interpretarse como un simple planteamiento de problemas.

problema; en este sentido , supondríamos simplemente que el hombre es capaz de desatar los lazos de sometimiento económico, social, - cultural, etc., que le han condicionado durante toda la historia, pero desde luego sin intentar conocer sus comportamientos una vez que haya logrado emanciparse. Dudamos, sin embargo, que pueda imaginarse, ni siquiera como horizonte utópico, esta situación de absoluta libertad, de completa autodeterminación porque, como señala Bloch (40), la libertad más elemental, esto es, la libertad de elección radica en el hecho de que la imposición del factor subjetivo supere la imposición por otras circunstancias. "Si fuera en absoluto posible un hombre de voluntad completamente libre, - no forzado ni por su carácter ni por consideraciones reflexivas, en el que no mostrasen su influencia las circunstancias externas - ni siquiera como causas secundarias... un no-determinado de tal naturaleza no sería un hombre libre, sino un demente socialmente peligroso". De ahí que la libertad plena no presupone completa - arbitrariedad subjetiva, sino sencillamente exigencia de que la imposición y la voluntad de una persona prevalece en la elección y en la acción sobre cualquier otra clase de imposición. Pero, - hecha esta matización, y aceptando que el hombre encierra cualidades físicas e intelectuales capaces de hacernos imaginar un - ser no determinado, lo que parece cierto es que los derechos - del hombre y, en general, los valores y reglas de moralidad no pueden derivar entonces de una naturaleza desconocida. ¿Cual -

(40) " Derecho Natural y dignidad humana", cit., p. 157.



será el comportamiento natural-moral del hombre en tales circunstancias de plena autodeterminación?. No es posible saberlo, por lo que tampoco nos es dado fundar en la naturaleza unos principios de justicia o legitimidad natural. Ya lo dijo Rousseau: no debemos traspasar a la naturaleza ideas que hemos tomado de la sociedad; no debemos hablar del hombre salvaje y describir al hombre civil (41).

Decía García San Miguel que por el momento no parece posible construir una moral empírica o científica. Efectivamente, para emprender esa empresa sería necesario un análisis histórico-sociológico, pero, lo que es más importante, sería necesario aceptar que los resultados de ese estudio empírico no consisten sólo en verdades científicas, sino que, al mismo tiempo, representan también valores de moralidad; y esto, por el momento, no parece aceptable si concebimos al hombre civil como un ser que vive esclavo de las instituciones, según decía Rousseau en el Emilio. Sin embargo, y fuera ya de cualquier pretensión científica, creo que el impulso ético en busca de la acción moral es irrenunciable; esa acción moral no resulta, por el momento, susceptible de una comprensión científica, pero precisamente por ello nos vemos impulsados a intentar su conocimiento. Lo que sucede es que, al haber tomado conciencia de que los obstáculos a ese conocimiento no derivan de la insuficiencia de nuestro razonamiento científico, sino más bien de la carencia de objeto, en cuanto que el hombre empírico no es natural, el imperativo inicialmente teórico de buscar la acción moral se transforma en un imperativo -

(41) Vid. "Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres", cit., Prefacio, p. 150.

práctico enderezado a remover las dificultades que impiden que el hombre civil se comporte naturalmente (moralmente) y, con ello, - que de su conocimiento científico podamos obtener las reglas de moralidad. En este aspecto, en la medida que los derechos fundamentales representan una conquista histórica emancipadora (42), - que articulan jurídicamente un principio de libertad, creemos - constatable que su sentido histórico es progresista, es decir, - que acercan a ese horizonte utópico en el que el comportamiento del hombre histórico es, a la vez, natural y moral; que acercan a ese momento en el cual sí será posible construir una moral empírica. Por lo tanto, los derechos fundamentales no son naturales, sino plenamente históricos, pero, al margen de los valores e intereses concretos que hayan podido encarnar en los dos o tres últimos siglos, es posible encontrar en ellos un significado emancipador, una vocación transformadora de la realidad en el sentido de la liberación humana; y en ese significado puede centrarse el valor de los derechos fundamentales como instancia legitimadora del Derecho positivo de finales del siglo XX; valores y Derecho históricos, pero que no cierran las puertas a un juicio de legitimidad, que se construye no sobre el hombre natural desconocido, sino sobre el imperativo de hallar la acción moral en el comportamiento del hombre histórico no condicionado.

Ello nos reconduce al punto de partida, es decir, a la búsqueda de un concepto histórico de los derechos fundamentales,

(42) Como reconoce el propio Marx, aunque criticando que la emancipación sea sólo política. Vid., más adelante, el epígrafe primero del Capítulo I, donde se comenta la "Cuestión judía".

aunque eso sí, habiendo obtenido una noción puramente formal de la naturaleza: es natural y, por lo tanto, moral la conducta del hombre no condicionado, o sea, libre. El sentido de los derechos fundamentales no se fija pues a la luz de unos principios de justicia material, no son derechos naturales del hombre salvaje, si no que pueden juzgarse como fenómenos históricos desde la perspectiva de esa idea de naturaleza que consiste en la acción relativamente libre; el sentido histórico de los derechos del hombre puede analizarse en función de su valor o disvalor a partir de ese punto de referencia hipotético que es la libertad, una libertad - que, insistimos en ello, no es atributo del hombre salvaje, ni tampoco debe concebirse como fatalmente necesaria; es sólo una posibilidad que deriva de comprender al hombre como un ser racional, que forma parte de la naturaleza pero que no se confunde con ella, y que es capaz de comprender su evolución, o sea, de hacer historia. Bien es verdad que la pregunta surge al instante: ¿ esta caracterización del hombre es natural o histórica?. En este punto, reconocamos la relativa insatisfacción de nuestra perspectiva; reconocamos que esas cualidades las concebimos como naturales, presentes - en cualquier periodo de la evolución humana, Pero, procurando eludir (si ello es posible), la acusación de iusnaturalismo indiquemos, primero, que no se trata de elementos normativos, llamados a legitimar una acción política, porque como es evidente del hecho de que el hombre sea racional no deriva ningún principio de legitimidad en cuanto que no sabemos cual es la regla moral del hombre plenamente racional. Segundo, que por la misma razón indicada, se trata de elementos formales y no materiales. Tercero, que ese punto

de referencia hipotético no pretende servir como criterio para juzgar el grado de moralidad de los diferentes periodos históricos, entendiendo éstos como una evolución natural hacia el objetivo último, sino sólo para comprenderlos, para dotar de coherencia a nuestro conocimiento. Y finalmente, que esas cualidades, aunque naturales, pueden ser "demostrables", es decir, que la historia - registra sucesos en que se concretaron y probaron de modo específico esas cualidades: racionalidad, vocación de dominar la naturaleza y hacer la propia historia. En realidad, no se trata de probar nada, sino de aceptar la secularización o humanización del proceso histórico; si prescindimos de la existencia de fuerzas ciegas o de una mente superior que ordena la evolución del hombre, - esto es, si prescindimos de cualquier forma de fatalismo, parece evidente que el hombre, con las limitaciones que le impone la naturaleza exterior, es el único artífice de su historia. Naturalmente, no el hombre en abstracto, no todos los hombres por igual - lo que creo que reconduce la cuestión a un problema de dominación y libertad; en la historia del hombre civil, que es la única que conocemos, se aprecia siempre esa tensión dialéctica entre dominación y libertad, que se traduce en el hecho de que algunos individuos han sido más artífices de la historia que otros, tanto en lo individual como en lo colectivo. Y precisamente este fenómeno es el origen de la desigualdad y, al mismo tiempo, de la sociedad civil, por lo que la realización de la plena autonomía moral y la dominación individual y colectiva del devenir histórico equivale a la realización de la igualdad. De ahí que el planteamiento moral sea inescindible del planteamiento político; porque es la propia

organización social, y no fuerzas exteriores, lo que impide o di
ficulta que el comportamiento del hombre histórico sea, a la -
vez, natural.

Desde esta perspectiva, abandonado el iusnaturalismo
como criterio legitimador y también el fatalismo histórico, -
la realización plena y completa, con la matización de Bloch, de -
esas cualidades se convierte en un "centro de imputación" de -
los derechos fundamentales; el sentido histórico de éstos y de -
cualquier otro fenómeno puede establecerse en función de ese -
punto de referencia. Dicho de manera más clara: el fenómeno his -
tórico de los derechos del hombre es progresista o reaccionario -
según que se acerque o se aleje de esos objetivos. Me parece que
situando la idea de naturaleza "al final" del proceso histórico,
como mera posibilidad, y no al comienzo se pueden aclarar algunas
cuestiones. Pero en lo esencial seguimos en la concepción dualis -
ta: si renunciamos al iusnaturalismo, podemos decir que un cierto
poder político no respeta los derechos del hombre, cuyo concepto -
no es arbitrario sino que goza de una objetividad histórica rela -
tiva, y que, por lo tanto, es un poder que no satisface las exi -
gencias que en este momento histórico imponen los valores de li -
bertad y dignidad y el sentido del ser humano, o podemos decir -
que no es "progresista" porque al vulnerar los derechos fundamen -
tales no encamina sus pasos hacia la realización plena de esas -
cualidades del hombre, que requieren su emancipación, su no deter -
minación. Queremos hacer un juicio científico, una constatación,
pero es preciso reconocer que hacemos al mismo tiempo un juicio

de valor: si el poder no es progresista, es malo, es criticable. Pero es un juicio de valor que pretende eludir la doctrina del De recho Natural, porque los criterios de valoración no quieren ser hipótesis apriorísticas ni tampoco inmutables, sino que procuran contrastar con el comportamiento del hombre en la historia, procuran "demostrarse" y, precisamente por ello, tampoco se conciben como inmutables, sino que obtienen su concreción en cada momento, de acuerdo con las condiciones económicas, políticas, culturales, etc. Bien es verdad que, como señala Schaff (43) "demostrar" hipótesis resulta relativamente sencillo, pues basta con seleccionar los hechos históricos que confirman el punto de vista, prescindiendo o restando importancia a aquellos que le desmienten, aunque debemos indicar que ello sucede también con la hipótesis contraria, pues en la historia se registran sucesos y aportaciones plurales y contradictorias.

Hablemos, pues, del hombre civil o histórico y, para no abandonar a Rousseau, comprobemos lo único que es posible llegar a conocer mediante la lectura de la historia, a saber: que "el hombre civil, vive y muere en la esclavitud: al nacer se le en corseta con pañales; al morir se le encierra en un féretro; mientras mantiene una figura humana vive encadenado por nuestras insti tuciones" (44). Tal vez este juicio de Rousseau resulte excesiva -

(43) Vid. "Historia y verdad". cit., p. 243 y s.

(44) "Emile" en "Oeuvres complètes", Bibliothèque de la Pléiade, - vol. IV, París, 1969, libro I, p. 245.

mente pesimista, porque si es cierto que en la sociedad civil el hombre no puede ser absolutamente libre, parece también evidente que no todas las instituciones lo esclavizan en la misma medida; y además sus palabras encierran un claro prejuicio acerca del estado de naturaleza, que implícitamente se concibe como "mejor" - ya que el hombre que nace, vive y muere en la esclavitud es sólo el "hombre civil". De esta forma. Rousseau no es capaz de eludir la crítica que él mismo formula a los planteamientos de Hobbes, Grocio o Locke en el prefacio de su Discurso sobre el origen de la desigualdad: todos tienen una determinada idea sobre el hombre natural que en cierto modo nace del contraste entre la sociedad civil y las respectivas concepciones acerca de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, etc.

Pero, en cualquier caso, el texto de Rousseau pone de relieve la grave insatisfacción que produce la contemplación de la sociedad civil y con ello, una característica constatable de las comunidades humanas como es su dinamismo, es decir, su historicidad. Los hombres forman parte de la naturaleza, pero su vida no es nunca la repetición de los mismos actos a lo largo de las generaciones. Por eso decíamos antes que el hombre, a diferencia de los demás animales, tiene historia y la hace de modo consciente y libre. La consciencia y la libertad constituyen elementos imprescindibles para que pueda hablarse de historia, pues si la evolución del ser humano respondiese a un ciego fatalismo en nada se diferenciaría del animal. En consecuencia, como veíamos, bien puede decirse que el hombre es capaz de autodeterminarse, esto es, de no someterse al imperio de la necesidad, de rebelar-

se tanto contra los fenómenos naturales como, sobre todo, contra las propias instituciones humanas; se trata, claro está, de una posibilidad, intentada en multitud de ocasiones aunque siempre de forma incompleta, pero de una posibilidad real que depende de la acción libre y consciente del hombre. Pero ese principio dinámico de la autodeterminación, que se expresa en la libertad individual y en la democracia social y política, no ofrece reglas morales, criterios materiales de justicia, precisamente porque es un principio formal. Recordando las palabras de Marx "el comunismo en sí no es la finalidad del desarrollo humano, la forma de la sociedad humana" (45), ¿cual es esa forma de sociedad humana?; sencillamente, no lo sabemos. Por eso, los derechos fundamentales no pueden hacerse derivar de ningún paraíso que, si el iusnaturalismo situaba al comienzo de la historia, ahora lo hemos situado al final, como un horizonte utópico que no es el comunismo, sino que está más allá, en un más allá del que nada podemos decir y sobre el cual no podemos fundar ningún imperativo de justicia material, ningún comportamiento justo. Justamente, sólo en ese paraíso la acción del hombre es plenamente moral, o sea humano-natural, ya que sólo él pretende la total autodeterminación del hombre sin los condicionamientos que impone la necesidad y las convenciones sociales. Que resulte utópico e inalcanzable no representa ahora ningún obstáculo, pues lo único que queremos demostrar es que resulta imposible fundar los derechos del hombre en su propia naturaleza, en su comportamiento tal y como resultaría si no se hallase

(45) "Manuscritos: economía y filosofía", introducción y traducción de F. Rubio Llorente, Alianza, 5ª edición, Madrid, 1974, Tercer Manuscrito, p. 156.

condicionado o tal y como resultó en aquella época en la que no estuvo condicionado.

A nuestro juicio, el fracaso del Derecho Natural racionalista es el fracaso de la aplicación del método científico al estudio del hombre. El problema no consiste en "creer en que existe un hombre natural, sino en suponer que puede conocerse. La naturaleza humana debe ser tratada de la misma forma que la naturaleza física, dice Hume (46) y tal vez por ello se escriben ensayos de aritmética moral como el de Buffon (47). El punto de vista queda claramente expresado por Volney: de los fenómenos de la naturaleza, inmutables, constantes y regulares derivan para el hombre verdaderas órdenes de conformarse a los mismos (48). Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se conciben como auténticas exigencias de la razón y, como veremos en el Capítulo II, la racionalidad de la ley se identifica con su justicia. Desde luego, una justicia material que, como explicaremos en dicho capítulo, relega a un segundo plano los problemas sobre la forma de gobierno, es decir, sobre legitimidad formal, que se vinculan principalmente a fenómenos particulares como el clima, la población, etc. Naturalmente, esta concepción sólo puede derivar de la creencia en la ley racional, en la norma que satisface los imperativos de la naturaleza humana conocidos por la razón. El primado del contenido sobre la forma se -

(46) "Tratado de la naturaleza humana", cit., p. 12

(47) Vid, sobre esta cuestión la obra de Gusdorf, "Les principes de la pensée au siècle des lumières", Payot, París, 1971, en especial la segunda parte.

(48) Volney, C.F., "La loi naturelle ou Catéchisme du Citoyen français " Edition complète et critique (textes de 1793 y 1826) - par Gaston-Martin, A. Colin, París, 1934, p. 98.

apreciará incluso en Rousseau, cuya democracia es más una garantía de la racionalidad de la ley que un principio operativo de organización política (49). El filósofo ginebrino no renuncia a las exigencias de la justicia, sino al método tradicionalmente utilizado para determinar esas leyes naturales; como sabemos, critica a quienes atribuyen al hombre salvaje las cualidades del hombre ilustrado y de ahí que busque la racionalidad de la ley en sus propias cualidades intrínsecas, la generalidad y la abstracción que son garantías de igualdad. No sólo no renuncia a la libertad, sino que confiesa que el objeto de su reflexión es hallar una forma de asociación en la que el hombre queda tan libre como antes (50); lo que sucede es que las reglas que han de organizar esa asociación no pueden deducirse racionalmente de la naturaleza, sino de la condición de igualdad que figura en la única cláusula del pacto social, pues "dándose cada cual por entero, la condición es igual para todos, y siendo igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás" (51). No es necesario destacar la enorme importancia teórica del argumento roussoniano, ni llamar la atención sobre la radicalidad del principio democrático no ya de su articulación en forma directa, sino de su función como criterio legitimador material, o sea, como garantía de justicia, como garantía de que la ley responderá a la voz de la naturaleza. Pero esto-

(49) En el mundo contemporáneo no se excluye que la ley elaborada democráticamente sea, sin embargo injusta, cosa impensable para Rousseau aunque deba recordarse que hablaba de democracia directa.

(50) Vid. "Contrato Social", cit., Libro I, Capítulo VI, p. 410.

(51) Vid. "Contrato Social", cit., Libro I, Capítulo VI, p. 411.

último constituye, a nuestro juicio, el punto más débil del planteamiento comentado. El "Contrato Social" no podía apartarse tanto de los postulados de su siglo y por eso busca la ley de la naturaleza con tanto ahínco como pudiesen hacerla Grocio o Puffendor; pero, ciertamente, lo hace a través de un camino muy peculiar, que a nuestro juicio, resulta especialmente útil en el propósito de buscar un fundamento no iusnaturalista a los derechos del hombre, ya que la herencia de Rousseau es precisamente el principio de autot determinación, la renuncia a establecer a priori los criterios de Derecho Natural y, en definitiva, el reconocimiento de que son los hombres históricos quienes deben escuchar la voz de la naturaleza.

Si hoy la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos no nos parece sostenible es, entre otras muchas razones ya apuntadas, porque no es concebible el conocimiento del hombre natural, plenamente autónomo, y menos aún la obtención a partir de su estudio de principios de justicia material. Todo lo que podemos decir del hombre se refiere a su historia, de manera que es preciso desvincular la noción derechos fundamentales y el concepto de valores que aquéllos tratan de satisfacer de toda idea estática sobre el hombre, ya la concebíamos como una realidad presocial, ya la entendamos como una exigencia cuya realización está todavía por alcanzar. Según creemos, ello exige también prescindir de los valores o principios de justicia material de fundamento natural que pretendan erigirse en criterios "externos" de legitimación de la comunidad humana histórica, o dicho de otra forma, que nuestro

conocimiento no nos ofrece elementos para juzgar la historia a partir de unos valores que no sean ellos mismos también históricos. La doctrina de los derechos naturales conduce a lo que Cerro ni, en relación con un problema análogo, ha llamado la eternización del presente y la modernización del pasado (52); el presente se eterniza porque los valores históricos, nuestras propias ideas sobre lo justo, se transforman en criterios absolutos, en el "espíritu"; y el pasado se moderniza al concebir el análisis histórico como una reconstrucción teleológica de los sistemas positivos, en cuanto que "tienden" al sistema moderno, de modo que se termine creyendo en una predeterminación finalista. Hemos de reconocer que nuestra tradición cultural propicia un conocimiento de los derechos fundamentales como el señalado.

Sin embargo, como hemos tratado de explicar, se trata de un conocimiento insatisfactorio e "idealista". Desde nuestra perspectiva, la categoría de los derechos fundamentales sólo es comprensible en su dimensión histórica y, por tanto, relativa: ni pueden constituir la realización del espíritu en la historia, que precisamente iría a culminar en el mundo moderno, ni ofrecen tampoco criterios absolutos de legitimación. Se trata, ciertamente, de una categoría histórica que sólo tiene sentido a partir del tránsito a la modernidad, cuyos rasgos hemos enunciado anteriormente (53). Pero el valor de los derechos fundamentales no se agota en la formación histórica que les dió vida, sino que

(52) Vid. "La libertad de los modernos", (1968), trad. de R. de la Iglesia, Martínez Roca, Barcelona, 1972, p. 55.

(53) Los profesores Peces-Barba, Fernández y Hierro emprendieron hace algún tiempo la difícil tarea de reconstruir la histo-

afecta a la propia historia, es decir, al principio dinámico que transforma las sociedades humanas. El valor de la libertad, que de una manera u otra cristaliza jurídicamente en los derechos fundamentales, es algo más que un elemento "interior" de la sociedad y del Estado nacido de la revolución burguesa; es también un elemento que trasciende de su momento histórico en cuanto que alude en primer lugar al cambio, a la superación de las condiciones materiales y políticas del mundo liberal. La libertad en sentido amplio equivale a la autodeterminación y, por ello, en lo que tiene de principio dinámico no consagra ningún valor, ni de la sociedad burguesa ni de ninguna otra; no se refiere al resultado de la historia, sino simplemente a la forma de hacerla. En este aspecto, los derechos fundamentales son necesarios sólo en el sentido de que es necesario hacer al hombre, a todos los hombres por igual, artífices de su propia historia; no para que de esta forma realicen el bien y la justicia, sino únicamente para que se comporten de modo natural o no determinado; ese modo natural, del que nada sabemos ya que sólo nos es permitido conocer la historia, es también el modo moral.

Insensiblemente, la libertad ha transformado su significación. Si para la filosofía ilustrada lo más importante era la justicia de la ley; si incluso, según creemos, la democracia -

ría de los derechos fundamentales desde los orígenes del pensamiento filosófico. Fruto de su trabajo serán dos volúmenes, el primero de los cuales (hasta el siglo XVIII) se halla prácticamente concluido y que por gentileza de los autores he tenido oportunidad de leer. Sus ideas me han sido particularmente útiles para conocer el conjunto factores económicos, culturales y jurídicos que propician la aparición de la filosofía de los derechos fundamentales.

tiene en Rousseau un sentido instrumental al servicio de la racionalidad y justicia de la ley; ahora, desde la perspectiva apuntada, - la libertad, los derechos fundamentales, adoptan un significado más instrumental al servicio de la idea formal de autodeterminación. - Por supuesto, para el poder político los derechos fundamentales siguen siendo un principio de legitimación material e incluso su propia razón de ser; pero aquí nos referimos al sentido histórico de los derechos fundamentales, entendidos en un sentido amplio y asumiendo las transformaciones que ellos mismos han sufrido. En ese aspecto, el devenir de la historia no se halla al servicio de los derechos del hombre, sino justamente al contrario : son los derechos del hombre quienes están al servicio no ya de la sociedad histórica que les alentó, sino de la historia misma entendida como el resultado de la acción libre y consciente del hombre . Los derechos fundamentales, ya sea en el Estado liberal, ya sea sobretudo en el Estado social y democrático, constituyen un instrumento que refuerza y universaliza ese principio de autodeterminación, - en cuya virtud, como veremos, el hombre se integra a la naturaleza pero la domina y es capaz de forjar su propia historia. Los valores materiales, históricos y no naturales, se comprenden - así en función del valor formal y no a la inversa, como hacían los iusnaturalistas. Para decirlo con una frase rotunda de Marcuse, - en sentido estricto, la liberación supone la libertad" (54).

(54) Vid, "Razón y Revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social", trad. de J. Fombona de Sucre con la colaboración de Rubio Llorente, Alianza, Ed., 4^a edición, Madrid 1979.

Desde esta perspectiva, creo que también puede intentar superarse la teoría tradicional de los derechos fundamentales que es la doctrina de los derechos naturales. Por supuesto, ya hemos asumido la crítica del positivismo, pero, como decíamos, esta es una crítica rigurosamente jurídica que deja abierta la discusión fuera del marco del Derecho. En este punto, estimamos que efectivamente los derechos fundamentales constituyen una noción histórica suficientemente objetiva y que su conocimiento resulta posible a partir del análisis histórico. Pero ello tampoco resulta suficiente, porque del estudio de la sociedad y del Estado modernos obtenemos un "ser", no un "deber ser". ¿En qué sentido los derechos "deben ser"? No, desde luego, porque sean un dictado de la voz de la naturaleza, ni tampoco por una exigencia del fatalismo histórico: la historia no puede concebirse como la realización del espíritu y, menos aún, podemos entender nuestro tiempo histórico como el final de la historia y, por tanto, como el descubrimiento definitivo del espíritu. Los derechos fundamentales "deben ser" sólo porque el hombre, todos los hombres por igual, deben convertir en acto lo que es su vocación esencial: la posibilidad de ser protagonistas de su historia, justamente aquello que les diferencia de las demás criaturas. Resultan necesarios porque el hombre no puede renunciar a la búsqueda de la acción moral y, según creemos, esa acción moral será precisamente el resultado de la reconciliación del hombre con la naturaleza y con los demás hombres; de la reconciliación de la libertad y de la necesidad, todo lo cual exige que el hombre civil deje de ser esclavo de las instituciones, como decía Rousseau en el "Emilio". Pero, antes que necesarios, los derechos fundamenta-

les resultan posibles porque sólo a partir del mundo moderno es concebible la universalización de la libertad, o sea, la igualdad, que exige la igual participación de todos en lo que a todos concierne, esto es, en la realización de la historia, aunque sea todavía una igualdad y una emancipación políticas.

Perdida la fe en Dios y también en la razón, como fuentes de la moralidad, sólo el hombre en la historia puede encaminar su evolución hacia el encuentro (que no reencuentro) de la naturaleza; su acción entonces la podemos concebir verdaderamente libre y moral (55). Se trata, sin duda, de un horizonte utópico, pero de un horizonte que, según creemos, se ha hecho concebible no gracias a nuestra imaginación sino a las condiciones históricas del mundo moderno y, en particular tal vez a la filosofía individualista y no trascendente que comprende a los hombres como iguales y como sujetos de la historia. Y, en cualquier caso, se trata de un camino posible y no fatalmente necesario; aunque sí nos parece necesario en el sentido de que en la sociedad moderna la fe en el hombre constituye un valor histórico, pero suficientemente objetivo como para impulsar y legitimar la evolución señalada. En ese aspecto, los derechos fundamentales no son las reglas de la acción moral sino los instrumentos que en nuestro tiempo histórico hacen posible alcanzar ese grado de no determinación que es necesario para alcanzar la acción natural-moral. Para evitar ser objeto de la justa crítica de Hume, y cualquiera que sea el grado de acierto o error de nuestro punto de vista, procuremos no introducir subrepticamente el "deber ser" a partir del "ser": hoy los dere

(55) Queremos recordar aquí las consideraciones de Bloch ya citando el alcance de la no determinación, "Derecho Natural y Dignidad Humana", cit., p. 157.

chos fundamentales "pueden ser" (56) los instrumentos que hagan al hombre, a todos los hombre por igual, protagonista de su vida y de su historia; y, a su vez, creo que este principio que he llamado autodeterminación "debe ser" porque el hombre no renuncia a la búsqueda de la acción moral, y toda vez que en el mundo moderno ni Dios ni la naturaleza pueden constituir fuentes de moralidad, parece cierto que al propio hombre corresponde alcanzar esa naturaleza, no en los laboratorios de la razón, sino en la experiencia histórica.

Los derechos fundamentales cumplen una función-histórica e incluso podemos suponer, como hemos supuesto, que en el mundo moderno constituyen un instrumento necesario para la liberación del hombre, para que éste se halle más cerca de la acción no condicionada, esto es natural y moral; para que en la adopción de decisiones, como dice Bloch, prime la propia voluntad sobre los elementos exteriores, etc. Pero es indudable que el haber renunciado a una fundametrnación iusnaturalista tiene importantes consecuencias para la Teoría del Derecho; ante todo que no es posible juzgar el Derecho positivo desde el Derecho Natural, sino en todo caso desde una perspectiva histórica que no puede sustituir al Derecho Natural. Porque del análisis histórico y sociológico deriva un "ser" y no un "deber ser" y, sobre todo, porque por definición dicho análisis nos ofrece un conocimiento de valores mutables, perecederos. ¿ Como saber entonces si un determinado Derecho positivo respeta los derechos fundamentales?. ¿ Como decidir si el catálogo de los mismos resulta perfecto, es decir,

(56) En periodos anteriores de la historia ni siquiera "podían ser".

recoge todos los derechos fundamentales y ninguno más?. En principio, debemos renunciar a tal empeño o, mejor dicho, debemos ser más modestos en el planteamiento. En síntesis, podemos decir: primero, que carecemos de un Derecho obtenido a partir del estado de naturaleza, pero que dicho estado de naturaleza es concebible, no en su contenido delimitado en modo positivo, sino en el hecho de su existencia lógica posible; o sea, el estado de naturaleza es - aquel en el que el hombre se hallaría prescindiendo, como diría Rousseau, de las instituciones que le esclavizan, y en donde el - hombre se comportaría de modo natural-moral. Segundo, que de la evaluación de los resultados obtenidos a partir de un análisis - histórico, puede afirmarse que los derechos humanos representan la encarnación de una serie de valores, también históricos, que en el mundo moderno constituyen un reducto de la defensa del individuo frente a la clase de instituciones que en ese mismo mundo moderno condicionan su acción; el análisis pretende ser científico y es posible que lo sea utilizando los métodos de la ciencia histórica, pero la evaluación de los resultados ni es científica ni pretende serlo. Juzgamos los fenómenos históricos desde la primera de las premisas: la acción libre y moral, que desconocemos en su forma concreta, es lógicamente posible y deseable - porque al concebir al hombre como un ser racional y capaz de - transformar las condiciones de vida, el estado de naturaleza se configura a modo de utopía moral, inalcanzable, pero siempre presente; y los derechos fundamentales vienen entonces a satisfacer en el mundo moderno la función de favorecer una evolución en tal sentido. En consecuencia, los derechos fundamentales son históricos

y cambiantes, tanto en su contenido como en su número, de manera que, cabe constatar, tras un análisis sociológico e histórico, si un determinado Derecho positivo tutela el catálogo de derechos fundamentales que son razonablemente concebibles en el contexto social dado. La constatación es, en principio, científica, pero se transforma en valoración desde el momento en que hemos evaluado el fenómeno histórico de los derechos humanos desde esa especie de imperativo finalista que enunciamos en la primera premisa.

En las primeras páginas introductorias nos proponíamos aclarar dos problemas que a nuestro juicio habían enturbiado el estudio de los derechos fundamentales. El primero derivaba de la tradicional formulación iusnaturalista y propiamente su resolución no es objeto de este trabajo, pero al menos su planteamiento y la correspondiente toma de postura nos parecía una premisa ineludible, que hemos tratado de realizar en estas palabras de Introducción. Como es obvio, nuestra tesis no puede aspirar a ser plenamente original en cuestión tan compleja que ha ocupado los mejores esfuerzos del pensamiento filosófico jurídico occidental, pero he procurado expresar con claridad cuales son las premisas del estudio, pues ocultando la propia ideología no creo que se obtengan resultados más científicos. En cualquier caso, sobre las cuestiones aquí tratadas habremos de volver más adelante ya que el análisis jurídico no puede hoy circunscribirse a la pura exégesis dogmática y, es más, puede afirmarse que ese análisis ha de arrojar luz sobre muchos puntos oscuros del concepto de derechos fundamentales.

El segundo problema, que en realidad es un conjunto de problemas, se refiere al tratamiento jurídico de los derechos fundamentales. Pero sobre ello no pienso extenderme aquí porque precisamente constituye el objeto central de nuestro estudio, que si bien referido a la Constitución española de 1978, exige como es lógico - la previa caracterización jurídica de cada uno de los elementos - que se analizan. Insistimos en que esta doble problemática resulta en la práctica inseparable, al menos si tratamos de superar el horizonte de la dogmática del XIX, por lo que la dimensión filosófica y política de los derechos del hombre intentará abordarse conjuntamente con el análisis estrictamente jurídico.

De ahí que, en cierto modo, el Capítulo I represente una continuación de alguno de los problemas planteados. Primero, se analizan en términos generales las relaciones entre poder y libertad, en cuanto que los derechos fundamentales se conciben originalmente - ~~com~~ límites al poder, y seguidamente se trata de centrar la cuestión en el Estado social y democrático de Derecho, en el que, más que de límites debe hablarse de obligaciones. Dicho Capítulo finaliza con algunas reflexiones sobre los principios que inspiran el ordenamiento jurídico a tenor del artículo 1, 1º y que constituyen al mismo tiempo el fundamento axiológico de los derechos del hombre.

C A P I T U L O P R I M E R O

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORGANIZACION POLITICA

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO Y /

LOS VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURIDI

CO.-

I.- LAS CONDICIONES GENERALES DEL SISTEMA DE PROTECCION DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CONSIDERACIONES SOBRE EL
PODER Y LA LIBERTAD

1).- Problemas generales de la libertad en el Estado /
Contemporáneo.-

La afirmación de que " la libertad de opinión se /
puede imaginar sin democracia, pero no la democracia sin li
bertad de opinión"(1) solo puede aceptarse como hipótesis /
teórica, al menos si con ello se quiere indicar que la liber
tad de opinión y, por extensión, los derechos fundamentales
son concebibles bajo cualquier forma de dominación política.
Pero en esta materia no conviene elaborar hipótesis teóricas
nunca confirmadas por la historia, sobre todo si renunciamos
a explicaciones trascendentes o naturalistas de los fenómenos
jurídicos y, en concreto, de los derechos del hombre, que sur
gen en un período muy concreto del mundo moderno, vinculados
a la revolución burguesa y al Estado liberal. La configura-

(1) Vid. Shneider, H.P., " Peculiaridad y función de los de
rechos fundamentales en el Estado constitucional demo--
crático ", trad. de J. Abellán, Revista de Estudios Po-
líticos, núm. 7, nueva época, enero-febrero, 1979, p. /
23.

ción de los derechos fundamentales como concepto histórico / pretende excluir precisamente esa permanente tentación de / vincular su existencia a la naturaleza humana o a las verdaderas reveladas que, como tales, pueden desarrollar su vocación transformadora y normativa en cualquier contexto cultural o político. Además, los derechos fundamentales comportan siempre un conjunto de obligaciones a cargo del Estado, generalmente en una primera etapa de obligaciones de contenido / negativo; son, en este sentido, límites al poder de los príncipes y presuponen una determinada dialéctica Estado-Sociedad, que es propia del mundo liberal y no de formaciones políticas anteriores. La sociedad, autosuficiente y orgullosa de sus propias leyes de desarrollo, se distingue netamente / del Estado, cuya función se ciñe a garantizar el libre y ordenado funcionamiento de aquella y consiguientemente a reprimir las conductas antisociales (2). Más adelante insistiremos en ello, pero baste aquí decir que los derechos fundamen

(2) La tesis sostenida creemos que es válida en general, pero, no obstante, es justo reconocer que, como indica / De Sanctis, en el Estado de Derecho de Von Mohl, aquél no adopta una actitud totalmente abstencionista, sino / que, tal vez como una resonancia del "Estado Paternalista" criticado por Kant, propugna una acción directa en favor del bienestar del individuo. Vid. De Sanctis, "Robert Von Mohl : una crítica liberale all' individualismo" en Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto ", 1976, LIII, pp. 31- 47.

tales del liberalismo solo se comprenden lógicamente e históricamente a partir de ciertas condiciones jurídico-políticas que la doctrina alemana resumirá en la noción de / Estado de Derecho; condiciones que, como dice el profesor Peces-Barba, no son algo externo a la teoría de los derechos fundamentales, sino algo inseparable de la misma, hasta el punto de que sin éstas, sin poder político democrático, no se podrá propiamente hablar de derechos fundamentales (3).

Si las raíces históricas de los derechos fundamentales se hunden en la Antigüedad, aunque solo sea como precedentes aislados, y de forma más inmediata en el tránsito a la modernidad, su aparición y desarrollo como garantías jurídicas individuales debe enmarcarse necesariamente en el Estado de Derecho, siendo generalmente admitido que el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales constituye requisito esencial de la propia existencia del Estado de Derecho (4). Ciertamente, la formulación teórica del

(3) "Derechos Fundamentales", 3ª ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 174.

(4) Valgan, por todos, las consideraciones de E. Díaz, "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", Edicusa, 1ª ed., Madrid, 1966, p. 18 y s.

Rechtsstaat es obra de la escuela alemana (5) y ha influido / notablemente en España e Italia, pero no así en el mundo anglosajón, fiel al " Rule of Law ", ni en Francia, donde sigue viva la herencia de Montesquieu sobre la " Separation des pouvoirs " (6); se trata además de un concepto relativamente moderno y cuando aparece puede decirse que existía ya una valiosa tradición teórica y práctica en el campo de los derechos / fundamentales y que sus elementos esenciales se hallaban también formulados. Pero, en cualquier caso, y al margen de denominaciones, la fórmula política que se condensa en esa atractiva expresión " Estado de Derecho " constituye, a nuestro juicio, una condición esencial del sistema jurídico de libertades públicas.

Desde otra perspectiva, la protección de los derechos fundamentales se presenta como uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el Estado de Derecho y es probablemente el más ideológico o, si se quiere, el fundamento material que /

(5) R. Von Mohl, " Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates ", Laupp, Tübingen, 1832-33.

(6) Vid. Baratta, A., " El Estado de Derecho. Historia / del concepto y problemática actual ", trad. de M. Barbero, Sistema, 17-18, abril, 1977, p. 15 y s.

" compromete " de forma decisiva la noción de Rechtsstaat, impidiendo, lo que por otra parte es una tentación muy común, una interpretación puramente técnica o formal que, al poner / el acento sobre el principio de legalidad o incluso sobre la separación de poderes, desvirtue su verdadero sentido. El Estado de Derecho es un Estado de leyes, como todas las formas políticas del mundo moderno, pero su legalidad no puede satisfacer cualquier contenido, sino que ha de servir una determinada " idea del Derecho " que, como escribe García Pelayo (7), viene destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que tutelen el libre despliegue de la conciencia burguesa; y esto no es así por el simple voluntarismo de impedir la apropiación / de conceptos prestigiosos por gobiernos autoritarios (8), sino que responde a razones históricas y a motivos de coherencia lógica. O el Estado de Derecho es un Estado de leyes y entonces, como hace Kelsen, lo mejor es prescindir de esta noción, o el Estado de Derecho es un Estado de cierto tipo de / leyes, es decir, que incorpora un conjunto de valores o criterios de legitimidad material que definen el sentido del poder

-
- (7) "El Estado social y sus implicaciones", curso dado / en la Univ. Autónoma de México en 1974 y ahora recogido en "Las transformaciones del Estado contemporáneo", Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 53.
- (8) Todavía en 1964 el Servicio Informativo Español publicaba un folleto con el significativo título de "España, Estado de Derecho". (Réplica a un informe de la Comisión Internacional de Juristas), Madrid, 1964.

político y sus funciones, y sólo entonces adquiere esta noción una utilidad tanto descriptiva como valorativa. El propio Kelsen lo reconoce en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*: la expresión Estado de Derecho se utiliza para designar un tipo de Estado particular, que responde a los postulados de la / democracia y de la seguridad jurídica (9). En este sentido, el Estado de Derecho se caracteriza porque la Jurisdicción y la / Administración vienen sometidos a las leyes, esto es, a normas generales que son decididas por un Parlamento elegido por el / pueblo, lo que requiere la separación de poderes, ya que el so metimiento en que consiste el principio de legalidad exige que los jueces y los órganos administrativos no sean señores del / Derecho, o sea, estén separados del poder de "estatuer". El Es tado de Derecho así entendido supone, en fin, que los miembros del Gobierno son responsables de sus actos, que se garantiza / la independencia de los Tribunales, que los ciudadanos gozan / de ciertos derechos de libertad, etc.

Se ha distinguido a veces entre una acepción técnica y una acepción ideológica del concepto de Estado de Derecho o entre

(9) "Théorie pure du Droit", trad. francesa de Ch. Eisenman de la 2^a ed. de la "Reine Rechtslehre" (1960), / Dalloz, París, 1962, p. 411. Existe edición castellana en la Universidad Nacional Autónoma de México, // 1980, trad. de J. Vernengo.

unos elementos instrumentales y unos elementos ideológicos /

(10). Quiere indicarse con esta distinción que el Estado de Derecho describe ante todo una determinada forma de ejercicio del poder y que, además, constituye un valor de legitimación que justifica realidades políticas diversas o que expresa un cierto modo de entender la relación entre Estado y Sociedad; en definitiva, que los procedimientos y técnicas / de ejercicio del poder no son "neutrales", sino que son consecuencia y al mismo tiempo requieren unas condiciones materiales de naturaleza política o ideológica. Sin duda, creemos // que esta apreciación es cierta y recientemente Bobbio, en el marco de la polémica de la izquierda italiana (11), ha puesto de relieve que la dominación política no se circunscribe al / problema de los sujetos históricos que detentan o padecen el poder, sino que comprende también algunos capítulos tradicionalmente marginados por la teoría marxista acerca del "cómo /

-
- (10) Vid. Lucas Verdú, "La lucha por el Estado de Derecho", publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, / 1975, p. 39 y siguientes y 142 y siguientes; Pérez / Luño, "Estado de Derecho y Derechos Fundamentales" en "Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema", publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 164 y siguientes.
- (11) Vid. sobre el tema A. Ruiz Miguel, "La contribución / teórico-política de Norberto Bobbio al debate contemporáneo de la izquierda italiana", Fundación F. Ebert, Madrid, 1979.

se manda " (12), es decir, de lo que desde nuestra perspectiva hemos llamado elementos instrumentales del Estado de Derecho : la separación de poderes, el principio de legalidad, la independencia de los jueces, las garantías individuales, etc...

Sin desconocer el profundo sentido político y legitimador de los que, con expresión tal vez poco afortunada, hemos denominado elementos técnicos, creemos, sin embargo, / que la distinción apuntada puede tener alguna utilidad. Es verdad que no debe llegarse a una formalización tan acusada que hiciese viable la caracterización de los sistemas totalitarios como Estados de Derecho (13), aunque tampoco pueda olvidarse que todo el arsenal del moderno Derecho constitucional se ha revelado con frecuencia impotente para contener la transformación ~~autoritaria~~ del Estado (14). Lo que sucede en este último caso es que se produce una cierta infla-

(12) Vid. particularmente los artículos " ¿Existe una doctrina marxista del Estado ? " y " Qué alternativas a / la democracia representativa ? ", publicados en Mondo-peraio, núms. 8, 9 y 10 de 1975. Trad. castellana de J. Moreno, recogidos en " ¿ Qué socialismo ? ", Plaza Janes, Barcelona 1978, p. 51 y s., y 81 y s.

(13) Vid. sobre ello, E. Díaz, " Estado de Derecho..." cit. p. 29 y s.

(14) En este sentido, Cerroni, " Introducción al pensamiento político ", trad. de A. Cordova, 2ª ed., siglo XXI, p. 72.

ción semántica, ya que el Estado de Derecho representa cabalmente la formación jurídico - política de la sociedad liberal y por ello resulta incomprensible sin la referencia a / los derechos del hombre. El poder no se somete a cualquier Derecho, sino precisamente al Derecho liberal, y el sentido y la función de ese orden jurídico se condensa en la garantía de la libertad y de la propiedad. De ahí nuestra afirmación anterior de que los derechos fundamentales constituyen el elemento más ideológico, o quizás fuese mejor decir teleológico, del Estado de Derecho; ellos no definen el / principio de legalidad, pero sí indican su función, es decir, la finalidad que debe satisfacer la ley y que quedaría claramente expresada en la obra de Kant o de Humboldt, cuyo Estado jurídico evoca ya la noción de Estado de Derecho. La ley no debe perseguir el bienestar o la felicidad/ de los ciudadanos, que puede encontrarse mucho más deseable en el estado de naturaleza o incluso en el Estado despótico, sino garantizar su libertad mediante la instauración de un orden jurídico en el que se realice la coexistencia de las libertades (15). La más conocida obra de //

(15) Vid. Kant., " Principes métaphysiques du Droit ", & XLIX, p. 185 de la edición francesa de J. Tissot, Librairie Philosophique de Ladrangé, 2^a ed., París, 1855. Hay traducción castellana en Ed. Americana, Buenos Aires, 2^a ed., 1974, p. 132. Vid. también Solari, G., "Il liberalismo di Kant e la sua concezione dello Stato di diritto " en "La formazione storica e filosofica dello Stato moderno ", Torino, 1934 y recogido en "Studi Storici di Filosofia del Diritto ", Giappichelli, Torino, 1949, p. 231 y s.; Lumia, " La dottrina kantiana del Diritto e dello Stato, Giuffrè, Milán, 1960, 7 p. 92 y s. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Humboldt, el ensayo sobre los límites de la acción del Estado (16), expresa en el propio título la concepción liberal, o sea, originaria, del Estado de Derecho.

En efecto, el sometimiento a la ley es sin duda fundamento del Estado de Derecho, pero no nos dice quién hace la ley ni nos orienta acerca de su contenido y función; el principio de separación de poderes persigue la limitación del poder (17), pero no vincula la forma y el sentido de su ejercicio; en fin, la organización jerárquica del / ordenamiento, la actuación regular de los órganos del Estado, el control jurisdiccional de los actos de la Administración, son elementos que contribuyen a lograr la certeza y la seguridad jurídica y, por lo tanto, representan un / bien en sí mismos, en el sentido de que su mera existencia ofrece ya una legitimación del sistema (18). En realidad, /

-
- (16) "Saggio sui limiti dell' attività dello Stato ", / trad. de Perticone, Giuffrè, Milán, 1965. Vid. Solari, " G. Humboldt e il suo pensiero politico " en / " Studi Storici di Filosofia del Diritto ", cit., p. 315.
- (17) Vid. Montesquieu, " De l'esprit des Loix ", Libro / XI, Cap. VI. Hay edición española de M. Blázquez y p. de Vega con prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos Madrid, 1972.
- (18) Vid. Passerin D'Entreves, " La noción de Estado " / (Oxford, 1967), trad. de A. Fernández Galiano; vid. también, Kliemt, H., " Filosofía del Estado y criterios de legitimidad " (1978), versión castellana de E. / Garzón Valdés, Alfa, Buenos Aires, 1979, en especial p. 185 y s.

esta forma de entender la legitimidad puede encontrarse ex
plícitamente formulada en Hobbes (19) y también en Rousseau
aunque con el ingrediente no poco significativo de la demo
cracia (20). Pero la certeza y la seguridad del Derecho lo
que expresan es su cualidad de ordenación racional y calcu
lada, que es propia del Estado moderno (21), un Estado que,
desde Maquiavelo, busca su justificación en sí mismo, crean
do una constelación de fines propios emancipados de cual--
quier idea religiosa, en la que la existencia y conserva--
ción del orden se erigen en valores supremos.

Pero ahora la cuestión no se centra en probar la in
suficiencia legitimadora de los elementos apuntados, sino
en mostrar su insuficiencia explicativa. El análisis de /
los elementos enunciados debe completarse con el estudio /

-
- (19) "Del ciudadano ", trad. de A. Catrysse del latín, Ins
tituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, cap. VI
y IX; "Leviatán", ed. de C. Moya y A. Escohotado, /
Editora Nacional, Madrid, 1979, cap. XIII, XVI, XVII,
XXIX y XXX.
- (20) La relación que pudiera parecer paradójica entre Rou
sseau y Hobbes ha sido puesta de relieve entre otros
por Colletti, "Ideología y Sociedad" (Laterza, Bari,
1969), trad. de Bozzo y Capella, Fontanella, Barcelo
na, 1975, p. 262.
- (21) Como pone de relieve García - Pelayo, el Derecho al-
tomediieval se "cosifica", se ciñe a las cosas, nace
de las realciones sociales, al revés que el Derecho
de la época moderna, que se "objetiva", en cuanto /
que es establecido como norma racionalmente concebi
da para lograr un fin al que deben sujetarse las co
sas. Vid. " Del Mito y de la razón en el pensamien
to político. Rev. de Occidente, Madrid, 1968, p.80.

de la función del Derecho y, más en general, de los fines de / la organización política, que representan el componente ideológico del Estado de Derecho. Y es aquí, lógicamente, donde surge el problema de los derechos fundamentales como definidores de ese Estado, que a partir de ahora será necesario calificar como liberal, como social o como democrático. De ahí que tenga pleno sentido la reflexión sobre el Estado de Derecho en un trabajo acerca de los derechos fundamentales; no solo porque éstos requieran una cierta forma de organización política, sino / porque representan al mismo tiempo la referencia ideológica del propio Estado.

La evolución ideológica y no técnica del Estado de Derecho creemos que debe seguirse a través de la propia evolución de los derechos fundamentales que, a nuestro juicio, presenta una doble dimensión. En primer lugar, la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y, lo que es más importante, la inclusión de nuevos derechos que no se ajustan al esquema formal de ejercicio de las primitivas libertades, exigiendo un planteamiento más amplio de las funciones del Derecho y del Estado; nos referimos lógicamente a los habitualmente denominados derechos económicos, sociales y culturales y que, creemos que con más rigor, deben calificarse como derechos de igualdad (22). Y, en segundo lugar, la función que los derechos

(22) Vid., más adelante, Capítulo III.

fundamentales satisfacen en el moderno Estado constitucio--
nal. Hoy ya ni siquiera las libertades civiles pueden conce--
birse solo como derechos subjetivos que protegen el ámbito /
privado o de autonomía de los individuos, sino que presentan
también una función normativa, como elementos del ordenamien--
to positivo, es decir, como un conjunto de normas objetivas
que definen el sistema axiológico al que ha de ajustarse la/
acción de los poderes públicos. La superación de la idea sub--
jetivista de los derechos fundamentales aparece explícitamen--
te formulada en nuestra Constitución; ante todo, en el artí--
culo 1,1ª, donde la libertad y la igualdad se configuran co--
mo valores superiores del ordenamiento jurídico, siendo así
que constituyen también el fundamento de los derechos tutela--
dores en el Título I. Más claramente aún el artículo 10 pro--
clama que los derechos inviolables de la persona son funda--
mento del orden político y de la paz social, es decir, que se
formulan "radicalmente" (23), como un sistema de legitimación
material, como el techo ideológico de la Constitución. De /
acuerdo con esto, puede estimarse que los Tribunales no solo
han de tutelar los derechos fundamentales a través de los /
concretos recursos establecidos al efecto, sino también te--
ner en cuenta su dimensión normativa general en la interpre--
tación y aplicación del Derecho. Desde esta perspectiva, la

(23) Sobre la formulación radical vid. Passerin D'Entreves,
"Derecho Natural ", cit., p. 59 y s.

la evolución de los derechos fundamentales en el Estado de / Derecho muestra una fuerza expansiva que les lleva a satisfacer funciones constitucionales distintas de la simple defensa de la autonomía frente al poder del Estado (24).

En el fondo, las modificaciones a que se ha visto sometido el concepto y, en menor medida, la práctica del Estado de Derecho, que se vinculan al propio desarrollo de los derechos fundamentales en el sentido indicado, expresan a nuestro juicio las revisiones que han sufrido las ideas acerca de las relaciones entre Sociedad y Estado. Este es un problema permanente que subyace a numerosas cuestiones jurídicas y como es lógico, no puede ser tratado aquí con detenimiento, pero si conviene llamar la atención acerca de los derechos fundamentales como expresión más acabada de los cambios señalados.

Un liberal muy poco influido por veleidades intervencionistas expresa con claridad el sentido original del Estado de Derecho : es aquel, dice Hayek (25), que se limita a /

(24) Vid. Schneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", cit., p. 22 y s.

(25) Hayek, F.A. "Camino de servidumbre" (1944), trad. de J. Vergara, reimpresión de Alianza Editorial, Madrid, 1978, p. 104. Vid. también del mismo autor, "Los fundamentos de la libertad" (1959), trad. de J.V. Torrente, 3ª ed. / Unión Editorial, Madrid, 1975, p. 266 y s.

fijar las condiciones bajo las cuales pueden utilizarse los/ recursos disponibles, dejando a los individuos la decisión / sobre los fines para los que serán usados; en cambio, el Estado arbitrario es aquel que dirige hacia fines determinados el empleo de los medios de producción. En el Estado de Derecho, al menos en su versión liberal, la ley no puede perseguir finalidades éticas, sino que debe limitarse a regular / una ordenada competencia; de ahí también la concepción de los derechos fundamentales como " ausencia de legislación ". El Estado implica un límite al alcance de la legislación y "la admisión de estas limitaciones de los poderes legislativos / supone el reconocimiento del derecho inalienable del individuo, de los derechos inviolables del hombre " (26). Son palabras de Hayek que podían ser suscritas por cualquier liberal y, como veremos en el capítulo siguiente, uno de los motivos que justifican la literatura sobre la " crisis de la ley " / en el siglo XX es su irresistible vocación de interferir en/ la Sociedad, de modificar en un determinado sentido el desarrollo de los fenómenos sociales, en una palabra, de limitar la autonomía privada.

Pero en realidad, hoy no se plantea la conservación / del Estado descrito, sencillamente porque hace años que dejó

(26) Hayek, "Camino de servidumbre " cit. p. 117.

de existir o tal vez porque nunca existió en la práctica (27), de la misma forma que tampoco hoy puede presentarse una sociedad como la imaginada por el liberalismo. El Estado se ha / transformado y en algún caso lo ha hecho de manera autoritaria, por lo que no tiene demasiado sentido buscar la polémica entre democracia social o los derechos de igualdad y el / Estado y la sociedad pensadas por el liberalismo, sino con / las realmente existentes. Hayek, a quien hemos tomado como / interlocutor, solo vislumbra una alternativa a la organiza--
ción liberal : El Estado arbitrario , que, en síntesis, es / aquel que multiplica sus funciones, se extralimita y abandona la vieja concepción de la ley como norma formal, simple / instrumento que se proyecta para que sea útil a personas ánónimas. Como diría Anatole France (28) hemos perdido aquella igualdad de la ley que prohíbe tanto al pobre como al rico / dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan. A esta cuestión dedicaremos el último epígrafe del capítulo, pero debe indicarse que la crítica de Hayek tiene razón en / muchos puntos, aunque nos parece desenfocada; porque la frustración del Estado de Derecho prueba la insuficiencia, no ya del liberalismo, insuficiente como toda concepción del mundo,

(27) Vid. Poulantzas, N., "Estado, poder y socialismo", trad. de F. Claudín. 1ª ed. francesa en PUF, 1978. / Siglo XXI, Madrid, 1979, en particular, p. 95 y s.

(28) "De lys rouge". Existe edición española en Ed. Libra, "La Azucena roja", Madrid, 1970, p. 68.

sino del sistema económico y de las relaciones sociales que trataban de amparar. Lamentablemente, la igualdad formal y / los elementos de la ley, abstracción y generalidad, no sufren en nombre de la igualdad sustancial o material, no se sacrifican en honor del socialismo y de la democracia social, sino que representan el propio fracaso del sistema capitalista / desigual, que es incapaz de perpetuarse sin prescindir de / ciertos elementos que, gracias a su fuerza expansiva y mediante su plena realización, hubiesen culminado en la propia / transformación del sistema económico y de dominación social. Y no nos referimos ya a los fascismos u otros fenómenos totalitarios análogos, sino al Estado intervencionista propio / del capitalismo monopolista. Tal vez tenga razón Poulantzas cuando dice que " la acentuación, propia de esta fase, de / las contradicciones en el seno del bloque en el poder necesita una intervención política acrecentada del Estado, a fin / de unificar este bloque y de reproducir su hegemonía"(29), pero, en cualquier caso, esa intervención puede tener efectos difícilmente previsibles, como reconoce el autor citado, en orden a la conservación del propio sistema. El fortalecimiento del ejecutivo, la falta de una efectiva fiscalización sobre la Administración, la devaluación de la ley y de la // igualdad, también de la formal, el retroceso de las libertades y el ocaso del Parlamento son fenómenos reales, a los /

(29) Poulantzas, " Estado, poder y socialismo ", cit. p.259

que podrán formularse cuantas matizaciones se quiera, pero / que, a nuestro juicio, expresan el decaimiento de alguno de los elementos más valiosos del Estado de Derecho. Aunque no / compartimos todos los argumentos de Capella, su crítica a / Elías Díaz en este punto tiene algo de razonable (30). En algunos pasajes del " Estado Derecho y sociedad democrática " se aprecia un cierto evolucionismo, de forma que el Estado / social, o sea, el del capitalismo avanzado, se configura como un paso más del Estado liberal, en el que no se prescinde de sus elementos, sino que se les enriquece (31). Parece como si el Estado social fuese un período positivo y necesario que iniciase la organización democrática, sin sacrificar la forma de organización demo-liberal, aunque sea una forma / "pensada" (32). Un juicio análogo, o incluso más favorable, puede hallarse en las reflexiones de Abendroth sobre el Es--tado de la Ley Fundamental de Bonn, que " abandona la fe en la justicia inmanente del orden económico y social existen--te ", sometiéndole a la acción del Estado en que está repre--sentada la autodeterminación democrática del pueblo (33). //

(30) Capella, J.R. " Sobre el Estado de Derecho y la demo--cracia. (A propósito de un libro de E. Díaz) ", 1967. Ahora en "Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado ", ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

(31) Vid. E.Díaz, "Estado de Derecho y sociedad democrática" cit., p. 65-67 y 72.

(32) No obstante, " El Estado democrático de Derecho apare--ce así como superación real del Estado social de Dere--cho; no quiere ello, sin embargo, decir que éste conduz--ca necesariamente a aquel; al contrario, por lo gene--ral aparece más bien como obstáculo para esa superación" " Estado de Derecho y sociedad democrática ", cit. p. 92.

Pese a las posturas críticas que indicaremos seguidamente, no cabe negar valor a estos razonamientos positivos. El Estado social, además de lograr un bienestar material no desdeñable, ofrece en su formulación un conjunto de valores y fines que comprometen al poder en la realización de la igualdad y de / la democracia (34) o, al menos, no cierran la posibilidad / constitucional a un comportamiento de esa naturaleza por parte del Estado. Por otra parte, su mera existencia prueba que el dogma de la separación entre Sociedad y Estado no resulta / en todo caso esencial para la protección de las libertades.

Por supuesto, no se trata ahora de poner de relieve / las contradicciones e insuficiencias del Estado de Derecho / del neocapitalismo. Lo han hecho, entre otros muchos, Poulantzas, Miliband, Barcellona y Cotturri, sin olvidar a Capella y al propio Elías Díaz (35), señalando la función mediadora del Estado entre el capitalista y el trabajador, que /

(33) Abendroth, W., " Sobre el concepto de Estado democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania ", en Festschrift zum 70. Geburtstag von Ludwig Bergstrasser, A. Hemann, Düsseldorf, 1964, p. 279, Trad. de M. Sacritán en " Sociedad Antagónica y Democracia política ", ed. alemana de 1967, Grijalbo, Barcelona, 1972, p. 265 y s. La cita es de la pág. 269.

(34) Vid., en este mismo sentido, Abendroth, " Sobre el concepto de Estado democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania ", cit., p. 286.

interviene en la distribución, pero dejando intacto el núcleo esencial de las relaciones de producción capitalista. En este mismo sentido se inscriben las críticas al "managerismo"/ (36) y, en general, a la función ideológica del "Welfare // State", que enlazan con la teoría marxista acerca de la / alienación y el fetichismo (37); bajo formas de trabajo y de vida más refinadas se encubre un proceso deshumanizador no menos grave que el de los primeros años de la era industrial; o incluso más efectivo porque ahora los esclavos son además/ felices.

Pero, junto a esta razonable crítica cuyo sello ideológico es evidente, queremos llamar la atención sobre el aban-

-
- (35) Vid. Poulantzas, "Estado, poder y socialismo", cit., p. 222 y s.; del mismo autor, "Introducción al estudio de la hegemonía en el Estado" en "Les temps modernes", 1965, trad. de M. Poyrazián y Solé Tura, en "Sobre el Estado Capitalista", Laia, Barcelona, p. / 74 y s.; Miliband, "Marxismo y política", trad. de S. Juliá, Siglo XXI, Madrid, 1978 (1ª ed. inglesa, Oxford U.P., 1977), p. 117 y s.; Barcelona, Cotturri, "El / Estado y los juristas", trad. de Capella, Fontanella, Barcelona, 1976, p. 175 y s. Capella, "Sobre el Estado de Derecho y la democracia, cit., p. 16 y s.; Elías Díaz, "Estado de Derecho y Sociedad democrática", cit. p. 81 y s.
- (36) Vid., en particular, el trabajo de Miliband, "El Estado en la sociedad capitalista", siglo XXI, México, 1970
- (37) Vid. Bedeschi, G., "Alienación y fetichismo en el pensamiento de Marx", Laterza, Bari, 1972, Trad. de B. / Gómez, A. Corazón, Madrid, 1975.

dono que el nuevo Estado intervencionista ha hecho de alguno de los presupuestos del viejo Estado de Derecho. Sin aceptar tampoco la sugerencia de Poulantzas (38), vinculando el Derecho de Weimar al desarrollo del nacionalsocialismo, creemos que el Estado social tiende a sacrificar alguna de las aportaciones más valiosas de la filosofía liberal. Lógicamente, en este punto inciden las reflexiones de Hayek, anteriormente enunciadas, o en un plano más jurídico los planteamientos de Ripert sobre " Le déclin du Droit " (39) que, prescindiendo de su trasfondo ideológico, son atendibles / en gran parte.

La complejidad del Estado contemporáneo y lo que en / términos genéricos llamamos intervencionismo ha propiciado en más de una ocasión actuaciones arbitrarias, tal vez porque el Derecho no ha sabido ofrecer técnicas de fiscalización adecuadas a las nuevas necesidades. En cierto modo, el sumario del libro de Ripert constituye toda una relación de agravios : la ley del más fuerte, todo deviene Derecho Pú--

(38) Vid. " Fascismo y dictadura . La III Internacional / frente al fascismo ", 1² ed. francesa, Maspero, París, 1970, 3^a ed. castellana, Madrid, siglo XXI, 1973, p. 382.

(39) " Le déclin du Droit ", L.G.D. J., París, 1949.

blico, bajo la servidumbre de las leyes, el espíritu de desobediencia, la discontinuidad del Derecho, la inseguridad jurídica, la destrucción de los derechos individuales. El Estado quizás nunca fué imparcial en términos generales, pero estaba dotado de una racionalidad que hasta cierto punto / convertía en impersonales sus decisiones en casos concretos; hoy, a pesar de que se han perfeccionado las técnicas de / fiscalización, se transforma con frecuencia en escenario de conflictos que antes se producían en la sociedad civil, de manera que los órganos estatales pierden objetividad y adoptan sus decisiones en vista de un caso particular. Cada vez es más difícil sostener que el Estado sea un instrumento de una clase contra otra, sino que en su interior reproduce / los propios conflictos sociales. Sin pronunciarnos sobre el valor de este fenómeno, es indudable que presenta inconvenientes, pues la decisión estatal pierde " previsibilidad ". Su intervencionismo, en un marco democrático, genera y permite que se produzcan conflictos y presiones dentro y contra el Estado, reduciendo la coherencia de su conducta. El Parlamento y, en general, los órganos representativos han sido tachados de incapaces para satisfacer con eficacia el nuevo ritmo del Estado, ha surgido un nuevo tipo de legitimidad fundada en la mera eficacia (40), cuya conquista se

(40) Vid. García Pelayo, M., " Burocracia y tecnocracia ", Ed. Alianza, Madrid, 1974, p. 52.

encomienda ahora a un personal " técnico " poseedor de los " arcana imperii " de la edad contemporánea, cuyo apolitismo, como todo apoliticismo, resulta ser conservador. /// Por lo demás, esta crítica a la democracia representativa / que insiste en su escasa eficacia y dinamismo puede incluso valerse, aunque sea " contra natura ", de algunos argumentos marxistas : los diputados " son comisionados como representantes de los asuntos generales, pero en realidad representan asuntos particulares " (41); o sea, a pesar de que / no sea ese el sentido del texto, parece que el Parlamento / se ocupa de sus propios problemas (la casta política y burocrática) o, en todo caso, de los problemas de una parte de la sociedad, etc... La norma jurídica goza de una vida / cada vez más breve que hiere la certeza y la seguridad del ordenamiento, se elabora en ocasiones para resolver casos / tan particulares que se agota en su puntual aplicación, surgiendo la razonable duda acerca de su necesidad y del respeto al principio de igualdad. En la sociedad del bienestar, que adora ese nuevo becerro de oro que es el consumo, material e ideológico, de elementos programados, retroceden las libertades públicas y la preocupación por los problemas gene

(41) " Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel " obra de 1843, trad. de A. Encinares, prólogo de A. Sánchez Vázquez, Grijalbo, Barcelona, 1974, p. 153 (Crítica al § 309 de la Filosofía del Derecho de Hegel).

rales; ante todo, porque estaríamos tentados de afirmar que cada día se hace menos uso de las libertades más "políticas", como las de expresión, reunión o asociación (42); y, en segundo lugar, porque en el Estado intervencionista anidan concepciones y tendencias que ya en 1966 Elías Díaz calificaba como "neofascistas" (43).

Por ello, las transformaciones del Estado que, de acuerdo con Abendroth, sean necesarias para la plena realización de la igualdad y de la democracia, no parten, como podría suponerse, de la ley abstracta y general, de unos derechos civiles y políticos incontrovertibles, de una Administración respetuosa y, en definitiva, del sometimiento de todo poder a la ley como expresión de la voluntad general, siquiera sea de una voluntad mediatizada por la representación, sino que esas transformaciones han de comenzar en gran medida por recuperar y enriquecer valores perdidos en el Estado contemporáneo; valores que, existiesen o no en la historia política, se atribuyen al menos idealmente al Estado

(42) En cierto modo, el ejercicio de algunas libertades se ha profesionalizado y parecen requerirse especiales / títulos o condiciones para la expresión en los medios de comunicación o para el ejercicio de la política.

(43) "Estado de Derecho y sociedad democrática", cit., / p. 83 y s.

de Derecho. El intervencionismo no es ninguna novedad; ahora se trata de saber para qué se interviene y en qué condiciones.

Si es muy probable que el Estado liberal como Estado gendarme del capitalismo de competencia haya sido siempre / un mito (44) y, en todo caso, hoy adopta una fisonomía muy distinta, lo mismo cabe decir del concepto de sociedad y de su relación con la organización política. A veces, en los trabajos jurídico-políticos, se da por sentado que existe un antagonismo entre Estado y Sociedad o, de forma más / clara, entre la burocracia y los negocios, y que los peligros para la libertad han de proceder siempre del poder político; pero, como indica Mannheim (45), hoy puede descartarse la anticuada concepción dual del Estado y de la sociedad, que tiene poca base en la realidad contemporánea. Nos parecería exagerado negar sin más esa dualidad, pero sin du

(44) El propio Hayek lo reconoce cuando afirma que " la / cuestión de si el Estado debe o no " actuar " o "interferir " plantea una alternativa completamente falsa, y la expresión *laissez faire* describe de una manera muy ambigua y equívoca los principios sobre los / que se basa una política liberal ", " Camino de servidumbre ", cit., p. 113.

(45) " Libertad, poder y planificación democrática ", 1ª ed. inglesa de 1950, trad. de M. Durán Gili, segunda reimpresión de la primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 62 - 63.

da las palabras de Mannheim sí resultan útiles para poner / de relieve que la libertad no está únicamente amenazada por el poder del Estado, sino que cada día con más fuerza aparecen peligrosas organizaciones sociales que impiden el pleno desarrollo de la persona (46). Fenómeno que, como hace el / citado autor, debe también ponerse en relación con la crisis del capitalismo competitivo, o sea, con el neocapitalismo.

Y, en relación con lo anterior, ¿qué decir del dogma de la previsibilidad de las decisiones estatales, que / garantiza la certeza del ordenamiento y, por lo tanto, el ámbito de libertad y autónoma disposición ?. Para Hayek / (47), el Estado intervencionista que realiza una planificación general resulta incompatible con la garantía jurídica de la / esfera individual. En verdad, resulta difícil evitar que / la intervención sobre las relaciones de producción o la limitación de la libertad contractual, no afecte también a / la previsibilidad de los efectos de las disposiciones jurídicas. Pero, como indica entre otros Abendroth (48), en la

(46) En sentido coincidente, Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", citado, p. 209, y s.

(47) Vid. " Camino de servidumbre ", cit. p. 86 y s. y 103 y s.

(48) " Sobre el concepto de Estado democrático y social / tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania. " , cit., p. 284 y s.

sociedad contemporánea la seguridad jurídica (y la previsi**bi**lidad, que es su condición), está siempre limitada, no / solo por lo público, sino también y con menos garantías por lo privado; la libertad contractual, por ejemplo, se halla/ a merced de los monopolios y oligopolios y la cuestión no / afecta solo al trabajador, libre para contratar sobre su / mercancía con su igual, el empresario, sino a todo ciudada- no consumidor o usuario de servicios. (49). Si es cierto / que la libertad debe protegerse frente al poder, o sea fren**te** a quien detenta una fuerza desigual, parece evidente que sus riesgos se encuentran tanto en el Estado como en la pro**pi**a sociedad. Por eso, como dice Abendroth, en un fragmento que merece la pena transcribir pese a su extensión (50), / " la verdadera alternativa no consiste en producir la plena libertad de decisión económica y social de cada individuo o su sumisión al poder planificador del Estado que representa democráticamente la sociedad, sino en si se quiere someter la gran mayoría de los miembros de la sociedad al poder for**malmente** privado (y, por lo tanto, orientado por intereses

(49) Vid.por ejemplo, Hart, Dieter, " Un caso ejemplar : la jurisprudencia sobre las condiciones generales / del contrato " en " La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica ", trad. / de C. Lasarte de la edición italiana, De Donato, Ba**ri**, Ed. Civitas, Madrid, 1977, p. 113 y s.

(50) " Sobre el concepto de Estado democrático y social tal como se formula en la Constitución de la Repú**blica** Federal de Alemania ", cit. p. 285.

particulares, no por el bien común) de los miembros de la sociedad que pueden disponer de las posiciones económicas de poder decisivas en ella, o si se quiere sustraer a la arbitrariedad y el azar de la disposición privada de reducidos grupos la planificación que es inevitable y necesaria en la producción social y en la vida social, para someterla al / control común de todos los miembros de la sociedad que participen en el proceso también común de la producción; y la unidad decisoria suprema de esa comunidad es el Estado ".

De manera que, salvo si prescindimos del problema / de las formas de Estado y consideramos que todas son iguales lo que parece inaceptable (51), nos encontramos hoy ante / una situación que no es la " pensada " por el liberalismo, / pero que, sin embargo se ajusta a un modelo económico, social y cultural que es el propio del neocapitalismo y que no parece caminar por sí solo a la superación de las contradic-

(51) Sobre esta desgraciada tendencia en un período del pensamiento marxista, vid. Miliband, " Marxismo y política ", cit. p. 96 y s. Vid. también Bobbio, " ¿ Existe una doctrina marxista del Estado ", cit.; Wolf Paul, " ¿ Existe la teoría marxista del Derecho ? " en " Sistema ", núm. 33, noviembre de 1.979 p. 65 y s.; Elías Díaz, " Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado " en Sistema, núm. 38 y 39, octubre de 1.980, p. 29 y s.

ciones que se hallaban en la base del pensamiento liberal. Intentar que dialoguen los textos de Kant y Marx, enfrentar libertad e igualdad, como si aquella en su versión " negativa " se hubiera logrado plenamente y como si su único riesgo fuese la realización de la igualdad o de la "democracia igualitaria", pierde buena parte de sentido. Por supuesto, como luego veremos, es preciso profundizar en las técnicas jurídicas y nunca abandonarlas para conseguir que la igualdad sustancial, que generosamente incorpora el art. 9,2 de la Constitución, se realice sin menoscabo de la igualdad jurídica y de la libertad. Para Hayek, " la planificación económica de tipo colectivista... no puede sujetarse de antemano a normas generales y formales / que impidan la arbitrariedad " (52). Pero es que hoy es necesario destruir la arbitrariedad, controlar el poder, del Estado-aparato y de algunas formaciones sociales, que existe sin / planificación o por una planificación capitalista.

Las libertades civiles y políticas no fueron nunca una conquista fácil y hoy es preciso afianzarlas, no en polémica con la democracia social ni con la igualdad, sino eliminando los restos de inmunidades que todavía conserva la Administración, haciendo más fiel el sistema de representación democrática,

(52) " Camino de servidumbre ", cit., p. 105.

dotando de mayor eficacia y dinamismo a la institución parlamentaria a fin de que la ampliación de las funciones del Estado no se traduzca en ámbitos de discrecionalidad en favor del ejecutivo, etc... Como indica Barcellona (53), los postulados tradicionales del Estado de Derecho y los propios presupuestos materiales que suelen presentarse como puntos de referencia // del modelo de la democracia económica y de la democracia política aparecen en la coyuntura actual claramente desmentidos y profundamente transformados; el Derecho liberal se muestra hoy inadecuado para hacer frente al proceso de concentración del capital y a la centralización de los poderes burocráticos. Pero precisamente por ello ha debido abandonar o transformar muchos de sus elementos originales; por supuesto, se conserva / el "orden privado", reflejo del orden natural de las cosas, pero con la particularidad de que el tráfico jurídico que se / mueve alrededor del contrato ya no aparece condicionado principalmente por el Derecho privado, que es dispositivo en buena parte, sino por la interferencia pública. De manera que / cuando se defiende, por ejemplo, la ampliación de las funciones del Estado no solo se ofrece un modelo para cambiar las relaciones sociales, sino que han sido éstas las que han propiciado ya un Derecho que no se ajusta al esquema liberal /

(53) Barcellona, P., " La formación del jurista . en " La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y / cultura jurídica ", cit., p. 15.

clásico (54). Ello nos debe llevar a una conclusión que juzgamos importante, a saber : que de la misma forma que ciertos elementos técnicos o instrumentales del Estado liberal de Derecho pueden servir formalmente políticas autoritarias, la simple ampliación de las funciones del Estado, su intervención en las relaciones económicas y sociales, etc..., no define todavía el sentido ideológico de la organización política ni el concepto de libertad e igualdad. Todo Estado / es un Estado ético (55), o sea, no " inocente ", pero la determinación de su naturaleza debe obtenerse mediante un análisis global que tenga en cuenta las finalidades que se persiguen con la clase de Derecho propugnado, lo que obliga a romper las barreras de la pura normatividad para comprender también el sistema social que ese orden jurídico quiere pro

(54) Otra cuestión es que los juristas tengan la tendencia a idealizar el Derecho, invirtiendo el proceso, de manera que el orden jurídico aparece como una / razón ordenadora, un deber ser puro e incontaminado por los fenómenos económico-sociales.

(55) Queremos indicar, sencillamente, que todo Estado incorpora y tutela un sistema de valores y un cierto " modelo de sociedad ", sin que atribuyamos al " Estado ético " otras connotaciones, como las que tiene en Battaglia, " Stato etico e Stato di diritto " en Rivista internazionale di Filosofia del Diritto ", XVII (1937), luego en " Scritti di Teoria dello Stato " Milán, 1939, p. 189 y s.; o en el VI Congreso italiano de Filosofia del Derecho (Pisa, 1963), " Stato di Diritto e Stato di giustizia ", Giuffrè, Milán, 1964.

teger o modificar. Los derechos fundamentales, que hoy se / configuran también como reglas jurídicas " inter privados ", requieren un determinado tipo de organización política, pero a su vez la definen ideológicamente, completando la legitimidad que ofrece el simple " orden jurídico " o legalidad (56), pues constituyen el sistema axiológico que orienta / acerca de las finalidades de la asociación política.

Que el Estado de Derecho no es un Estado ético, son palabras de Hayek (57), en las que obviamente no quiere indicarse que sea un Estado inmoral, sino sencillamente "neutral ", que solo persigue " ayudar a los individuos al pleno desarrollo de su personalidad individual", para lo cual / es preciso limitar el ámbito de la normatividad. Pero ello supone ya una cierta actitud ética, pues al menos exige // aceptar la moralidad de la ~~relación~~ privada. La relativa separación entre Estado y sociedad que postula el pensamiento liberal y que se halla en la base de su concepto de libertades públicas, no carece de finalidad concreta, ya que el // tratamiento igual de las personas como sujetos portadores / de mercancías es indispensable para mantener su desigualdad

(56) Vid. Passerin, " La noción del Estado ", cit. p. 173 y s.

(57) " Camino de servidumbre ", cit., p. 109.

como sujetos dependientes, es decir, su específico sometimiento social (58). Por eso, " toda política directamente / dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho " / (59).

En definitiva, lo que se trata de señalar es que todo Estado pretende satisfacer siempre unos valores que se / juzgan dignos de protección, y que en el Estado de Derecho esos valores adoptan la forma jurídica de derechos fundamentales, razón por la cual éstos ofrecen la definición ideológica del Estado; de manera que su sometimiento al Derecho / no representa la simple juridicidad del poder, sino la juridicidad en un determinado sentido, es decir, con la finalidad de realizar una cierta axiología. La finalidad de la / ley, por tanto de la asociación política, es organizar en / términos de igualdad jurídica la libre concurrencia, sancionada por unos derechos naturales que se vinculan al hombre / prescindiendo de sus determinaciones sociales. La garantía de esos derechos, que en realidad resumen toda una filoso-

(58) Son palabras de Cerroni, " La libertad de los modernos ", 1ª ed. De Donato, Bari, 1968. Trad. de R. de / la Iglesia, ed. Martínez Roca, Barcelona, 1972, p.94.

(59) Hayek, " Camino de servidumbre ", cit., p. 111.

ffa, constituye el objetivo básico de la asociación política (60).

Pero lo cierto es que, como acabamos de ver, no existe una correspondencia mecánica entre las formas de organización política y las relaciones económico-sociales que / constituyen su substrato. El Estado intervencionista al que se ha aludido representa una prueba de ello. Se ha conservado, con algunas modificaciones que no procede examinar, el principio de separación de poderes, el imperio de la ley, / una cierta tutela de las libertades, etc..., pero el Estado ha visto ampliada sus funciones y la cobertura para su intervención en la sociedad, el recinto sagrado de la autonomía privada ha cedido ante el Derecho imperativo, etc... De ahí que en nuestro análisis constitucional concreto debamos prescindir de modelos apriorísticos. Lo que se pretende es / indicar el sistema axiológico que ofrece la Constitución y tratar de encuadrarlo en el conjunto de reglas que organizan el Estado de Derecho y que determinan también el concep

(60) Así, a título de mero ejemplo, dirá Locke : " Tenemos, pues, que la finalidad máxima y principal que / buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes ... ", " Ensayo sobre el gobierno civil ", trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1969, p. 93 (& 124).

to mismo de Derecho; buscar la coherencia entre los valores que se propugnan y el régimen jurídico-político. Así pues, el problema que se plantea, y que examinaremos más adelante, es el de la definición ideológica de la Constitución y, mas concretamente, si esa definición se ajusta // de forma dogmática a alguno de los modelos conocidos (liberal, propio del capitalismo competitivo, intervencionista, etc...) y excluye la legitimidad de otras alternativas distintas. Naturalmente, ello solo puede saberse a la vista / del régimen jurídico-político establecido en la preceptiva constitucional y no mediante declaraciones genéricas como las del artículo 1,1ª, pero en principio hemos de suponer la coherencia interna de la Constitución, mejor dicho, esa coherencia es indiscutible porque, cualquiera que sean los fundamentos doctrinales que alienan el artículo primero es indudable que en España el Estado social y democrático / se agota en la organización política que diseña la Constitución, o sea que, como luego veremos, descubrir las fuentes doctrinales de la definición política de España tiene un interés principalmente teórico porque, en el plano jurídico, la naturaleza de nuestro Estado de Derecho se obtiene sólo/ de la preceptiva constitucional, no del Derecho comparado / ni de la opinión de los autores. Otra cuestión es que estos elementos sean valiosos para conocer el alcance de las clausulas constitucionales.

Por lo tanto, es lícito preguntarse si la finalidad / ideológica primigenia del Estado de Derecho se mantiene en / nuestra Constitución o, más ampliamente, si sus reglas tole- ran una acción legislativa y política que no se ajuste al es quema del Derecho liberal y de los derechos fundamentales / entendidos como simples áreas de inmunidad. Bien es cierto / que los calificativos de social y democrático que acompañan a la noción de Estado de Derecho nos orientan ya en un senti- do afirmativo, pero ello no es suficiente; primero, porque / puede tratarse de una afirmación de principio sin correspon- dencia real en los diversos Títulos de la Constitución; se-- gundo, y ya desde una perspectiva de filosofía política, por- que no parece universalmente aceptado que la construcción de un Estado democrático sea posible sin abandonar los presupues- tos del liberalismo. De la primera cuestión nos ocuparemos / más adelante, al analizar el valor normativo y legitimador / del artículo 1,1ª. En cuanto a la segunda, ya hemos visto có mo para un liberal como Hayek, si se transforman o amplían / las funciones de la legislación y se propugna la igualdad / sustancial, el Estado de Derecho vendrá evocado a su desapa- rición. El problema es que, desde una perspectiva opuesta, / también se han alcanzado conclusiones análogas.

De la libertad y de la igualdad nos ocuparemos en los siguientes epígrafes y allí trataremos no solo de su valor / como fundamento de los derechos humanos, sino también de las

exigencias políticas que requiere su plena realización. Por lo tanto, ahora se trata simplemente de indicar la relación entre el conjunto de procedimientos políticos que se resumen en el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Pero / ¿ En qué consiste el Estado de Derecho ?. Según una opinión extendida (61) y que compartimos, el concepto de Estado de Derecho ha terminado subsumiéndose en el de Estado constitucional y comprendería los siguientes elementos principales : imperio de la ley, entendida como expresión de la voluntad / general, separación de poderes, legalidad de la Administración y tutela de unos derechos y libertades (62). Ahora bien, ¿ Cabe la protección de los derechos fundamentales en un régimen político que no reúna esas condiciones ?. En el plano jurídico, tal vez la respuesta pueda ser afirmativa; considerando los derechos aisladamente, puede, por ejemplo, satisfacer el derecho al trabajo o a la educación en un sistema autoritario, de unidad de poder, etc... Pero parece evidente / que el sacrificio de la forma de organización política del /

(61) Vid., por ejemplo, Balladore Pallieri, " Diritto Costituzionale ", 10^a ed. Giuffrè, Milano, 1972, p.111; Lucas Verdú, " La lucha por el Estado de Derecho ", cit. p. 23.

(62) Vid. Díaz, E., " Estado de Derecho y sociedad democrática ", cit. p. 18 Aunque desde una perspectiva distinta, Legaz coincide en lo esencial a la hora de enumerar las condiciones del Estado de Derecho, vid. " Estado de Derecho e idea de legalidad ", Rev. de Administración Pública, núm. 6, 1951, luego en " Humanismo, / Estado y Derecho ", Boch, Barcelona, 1960, p. 72 y s.

Estado de Derecho se acompaña siempre del sacrificio de ciertas libertades, al menos de una esencial como es el derecho a la participación política y, casi con seguridad, también / del resto de las garantías individuales. Como indica Bobbio, democracia representativa y garantía de los derechos de libertad surgieron en el marco de una única idea del Estado que ahora se suele designar con el nombre de constitucionalismo y no parece que sean elementos fácilmente escindibles o, al menos, la historia no registra ejemplos en ese sentido (63).

2).- Libertad, Democracia y concepto de emancipación humana

En realidad, la cuestión creemos que debe enfocarse / desde una perspectiva global de los derechos del hombre, / que tenga en cuenta el conjunto de valores y finalidades que trata de satisfacer la articulación jurídico-positiva de las libertades (64), que se desarrollan en la historia bajo apor

(63) Bobbio, " ¿ Qué alternativas a la democracia representativa ? " en " ¿Qué socialismo ?, cit., p. 103. Vid. también Díaz, E., " El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas ", Sistema, núm. 17-18, Madrid, abril, 1977, ahora en " Legalidad-legitimidad / en el socialismo democrático ", Civitas, Madrid, 1978 p. 149 y s.

(64) En particular, la afirmación del intrínseco valor de / lo humano frente a planteamientos transpersonalistas.

taciones plurales. En este aspecto, no es ocioso recordar que si la democracia forma parte hoy del Estado de Derecho no // constituye, sin embargo, un elemento pacífico del pensamiento liberal. Kant y Constant fueron liberales y no demócratas / (65); y Marx, el Marx de 1.843, veía en el sufragio universal la industria de la desaparición de la sociedad política como realidad separada del hombre histórico, el germen que debería fructificar en el " hombre genérico ", alternativa que nos / ofrece a los derechos del hombre y del ciudadano, o sea, de / la burguesía.

En ese hombre genérico hay bastante de utopía y precisamente por ello nos parece lícito buscar en él la idea de emancipación humana, que tradicionalmente se ha presentado como / el objetivo de los derechos fundamentales. Por supuesto, no / pretendemos afirmar que en la Constitución ni en ninguna forma jurídica se encierra el germen del hombre como ser genéri-

(65) Aunque luego nos ocuparemos del tema con más detalle, recordemos las palabras de Kant : " ... la democracia, en el sentido estricto de la palabra, es necesariamente un despotismo ... , lo cual es una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad ", " Esquisse philosophique d'un projet de paix perpétuelle ", trad. de J. Tissot, cit., p. 265. Constant, por su parte, califica el " Contrato Social " de Rousseau como " el / instrumento más terrible de todos los géneros de despotismo ", " Principios de política ", trad. por J. Hernández, Aguilar, Madrid, 1970, p. 10.

co o de la plena emancipación de la humanidad, aunque solo // sea por dos razones elementales : primero, porque sospechamos que la emancipación no es un suceso puntual, sino una esperanza permanente, un proceso inagotable que, en todo caso, requiere la participación libre del hombre y no la aceptación de / fuerzas ciegas; es más, " el comunismo en sí no es la finalidad del desarrollo humano, la forma de la sociedad humana " / (66). Más allá del comunismo, escribe Rubio glosando las palabras de Marx, la Historia sigue su curso, impulsada por la ambición permanente de alcanzar una Utopía siempre presente y siempre, tal vez, inaccesible " (67). Y, segundo motivo, por que el acto constituyente, por vigoroso que sea, no puede te ner la virtud de transformar sin más el entramado de relaciones sociales y, menos aún, las conciencias. Pero este proceso hacia el hombre como ser genérico se integra en un determinado contexto histórico que no puede prescindir del hecho y del valor del Estado, por lo que es lícito, ante todo, // orientar sobre los objetivos de esa emancipación, que son los objetivos teóricos de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, procurar descubrir la relación entre éstos y el Es

(66) Marx, K. , " Manuscritos : economía y filosofía ", tercer manuscrito. Traducción, introducción y notas de F. Rubio Llorente. Cito por la edición de Alianza, 5ª ed. Madrid, 1974, p. 156.

(67) " Introducción " a los Manuscritos de 1844, cit. en nota anterior, p. 29.

tado constitucional, tanto por lo que se refiere a los valores propugnados que representan su fundamento axiológico, como en lo relativo a sus reglas de organización y funcionamiento.

Pero, ¿quién es el hombre genérico?, ¿Puede vivir en el Estado o debe destruirlo?, ¿En qué tipo de organización?. Estas tres preguntas resumen desde nuestra perspectiva, que es por supuesto ideológica, el conjunto de problemas que surgen / ante los derechos del hombre en el mundo contemporáneo. Una // respuesta rigurosa y detallada sería impropcedente en este trabajo, pero al menos su planteamiento nos parece fundamental como premisa del resto del capítulo y de los capítulos siguientes. Aquí vamos a tratar de problemas de técnica jurídica, de organización y de límites al poder; ello presupone la existencia del Estado y centra el tema de los derechos humanos dentro y no fuera del Derecho y del Estado. Pero la plena libertad e igualdad, los valores que pretenden satisfacerse mediante los derechos del hombre, ¿son compatibles con el Estado?. La // cuestión podría despacharse diciendo que al margen del Estado solo hallamos la utopía cuando no el caos, pero la respuesta / nos parece insatisfactoria. Es preciso saber qué finalidades / persigue la crítica al Estado político, cuáles son los objetivos de la emancipación, y qué función ha de cumplir el Derecho y el Estado, si no en la etapa final de la utopía, sí al menos en el " período de la transición ", un período que cada día se vislumbra más complicado y tortuoso.

La crítica de Marx a los derechos del hombre ha sido / objeto de un notable y riguroso trabajo del profesor Atienza (68). Sin embargo, la noción de emancipación humana y la de / democracia plena o verdadera, que a veces parecen intercambia- bles (69) no debemos analizarlas a partir de las polémicas y fragmentarias páginas de Marx sobre la " Declaration "; ante- todo, por ese carácter polémico y escasamente elaborado, por- que aparecen en el marco de la crítica juvenil a la religión y, sobre todo, porque no ofrecen una aportación " constructi- va". En la " Cuestión judía " (70) y también, en menor medida, en la " Crítica " (71) lo que se pretende probar, y de forma / marginal, es que " los derechos del hombre y del ciudadano " no logran la emancipación humana , la reconciliación del hom- bre consigo mismo, y que la mediación de los " stande " no / constituye la verdadera democracia. Pero la aportación cons--

(68) " La crítica de Marx a los derechos humanos " Revista " Sistema ", Julio , 1980, p. 3 y s.

(69) Vid. " Guastini, R., " Marx, Dalla Filosofia del Diri- tto alla scienza della società ", Il Mulino; Bolonia 1974, p. 224-225.

(70) La " Cuestión judía " es uno de los dos trabajos publi- cados por Marx en los Análes Francoalemanes y pertene- ce a la época de colaboración con el grupo de Ruge y / Fröbel. (1843), Cito por una completa edición castella- na Ed. Heráclito, Buenos Aires, 1974, con los textos polémicos de Bauer y Marx y comentarios de A. León, / L. Trotsky e I. Deutscher.

(71) Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel ", cit.

tructiva sobre la emancipación humana nos la ofrece Marx en / los años inmediatamente posteriores; los Manuscritos de 1844, (72) y la primera parte de la " Ideología Alemana " de 1845 - 46 (73) ofrecen el " rostro humano " de Marx, tantos años os curecido por lo queRubio Llorente ha calificado como interpre tación economizante (74) del marxismo, compartida por críti cos y panegiristas.

La recuperación del humanismo socialista, como parece / obvio, constituye una necesidad en este trabajo, pero la ver dad es que es una necesidad compartida. Tal vez, como dice Ru bio (75), porque nuestro tiempo es menos materialista que el / de nuestros abuelos o quizás porque la constatación de que el derrumbamiento del capitalismo se retrasa algunas décadas obli ga a replantearse qué tipo de humanidad se quiere, abandonan do las enojosas discusiones sobre táctica revolucionaria; pe ro lo cierto es que desde hace algún tiempo proliferan, con /

(72) " Manuscritos : economía y filosofía ", cit.

(73) " La Ideología Alemana ". Crítica de la novísima filo sofía alemana en las personas de sus representantes / Feuerbach, B. Bauer y Stirner y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas ", trad. de W. Roces 4^a ed. Pueblos Unidos - Grijalbo, Barcelona 1973.

(74) Introducción a los Manuscritos de 1844, cit., p. 17.

(75) Introducción a los Manuscritos de 1844, cit., p. 19.

uno u otro enfoque, las reflexiones sobre el humanismo socialista (76).

No se trata aquí de forzar los textos y querer escuchar de Marx una defensa de los derechos del hombre, ni de los civiles ni de los económicos y sociales. El problema se circunscribe a buscar la relación, si existe, entre el fundamento axiológico de los derechos humanos y la noción feuerbachiana transformada por Marx del " hombre genérico ". Un hombre que no existe, pero que puede llegar a ser, para lo cual deberá / transformar libremente el mundo ya que la dignidad humana no se formula en abstracto, prescindiendo de las condiciones de su acción, sino que precisamente esas condiciones pueden aparecer de forma que desmientan el principio, tal y como suce-

(76) No es, sin embargo, un enfoque reciente. Vid., por ejemplo los trabajos reunidos por V. Zapatero en el volumen " Socialismo y ética ", ed. Debate y Pluma, Bogotá, 1980. Entre las obras recientes citemos, sin ánimo exhaustivo, " Humanismo Socialista ", ed. por E. Fromm, Paidós, Buenos Aires, 1962; Mondolfo, " El Humanismo / de Marx ", F.C.E. México, 1964; Schaff, " Le marxisme et l'individu. Contribution a la philosophie marxiste de l'homme ", Colin, París, 1968; " Polémica sobre marxismo y humanismo ", trad. de M. Harnecker, siglo XXI Madrid, 1968; Della Volpe, " La libertad comunista ", trad. de J. Zulueta, Icaria, Barcelona, 1977. Finalmente es destacable la aportación de Bloch, tanto su obra de madurez, ya citada " Derecho Natural y Dignidad Humana ", como " El principio Esperanza " de 1919, de la que también hay edición castellana, Aguilar, Madrid, 1977. En el pensamiento español contemporáneo es preciso recordar los trabajos de Peces-Barba, " El so

de en la historia conocida de la humanidad. La exclusión de / cualquier forma de fatalismo determinista parece un requisito fundamental de la acción moral y consciente y, por tanto, de toda concepción secularizada, o sea, plenamente humana, en la que el hombre aparezca como protagonista de la historia; como escribe Marcuse en un conocido y espléndido trabajo (77), "La transición de la muerte inevitable del capitalismo al socialismo es necesaria pero solo en el sentido en que es necesario el pleno desarrollo del individuo ... Es la realización de la libertad y felicidad la que necesita el establecimiento de un orden dentro del cual los individuos asociados determinen la acción de sus vidas "(78).

Ahora bien, ¿ Cuáles son las condiciones que impiden / la realización de ese principio de autodeterminación ?. No /

cialismo y la libertad ", ahora en " Libertad, Poder, Socialismo ", cit. p. 133 y s.; Díaz, E. " Estudio / Preliminar a la obra de F. de los Ríos " El sentido humanista del socialismo ", ed. Castalia, Madrid, 1976; Zapatero, V., " Marxismo y Filosofía ", Sistema, núm 19, Julio, 1977, p. 3 y s.

- (77) Marcuse, H. " Razón y Revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social " trad. de J. Fombona, con la colaboración de F. Rubio, Alianza Editorial, 4^a ed. Madrid, 1979, p. 310.
- (78) Como contrapunto debe huirse también de la tentación voluntarista. El desarrollo histórico se apoya siempre en unas condiciones objetivas - relaciones de producción ambiente cultural, etc...- pero que deben actuarse por una actividad consciente. Aunque no compartimos todas / sus apreciaciones. Vid. Berlín, I., " Libertad y necesidad en la Historia ", trad. de J. Bayón de la obra "Four Essays on Liberty ", Revista de Occidente, Madrid, 1974.

son, desde luego, causas metafísicas o naturales, esto es, insuperables para el hombre (79), pues en tal caso abandonaríamos esa " antropología optimista " (80) que está en la base de la filosofía de los Derechos Fundamentales y de la misma idea de progreso consciente para esperar, en el mejor de los casos, la redención por obra de la gracia. El motivo se halla en la propia forma de organizarse los hombres, más concretamente en un "hecho económico ", pero nótese que el "hecho económico " que comprende nociones como trabajo enajenado, extrañamiento, plusvalía, etc..., no es el punto de llegada, sino de partida. No es una propuesta materialista, sino una // realidad materialista; el hombre es un ser necesitado, particular, contingente que como el animal, ha de "trabajar" para no morir ; pero que, a diferencia de éste, " hace de su actividad vital misma, objeto de su voluntad y de su consciencia. Tiene actividad vital consciente Justamente, y solo por ello, es él un ser genérico " (81). El hombre es libre cuando la naturaleza es su obra y se reconoce así mismo en el mundo que él ha hecho, no cuando se confunde con ella, cosificán

(79) Vid. " Manuscritos : economía y filosofía ", cit., p. 114.

(80) Peces-Barba habla con acierto de una " antropología de la libertad ". Vid. " El Socialismo y la libertad ", cit., p. 137, nota 26.

(81) " Manuscritos : Economía y Filosofía ", cit., p. 111.

dose. El punto de vista es un individualismo radical, porque parece evidente que lo creado es obra de la humanidad, del // hombre es abstracto, pero aquí hemos partido del trabajador, del hombre concreto. ¿Por qué trabajo alienado ?. Sencillamente, porque en la relación hombre- mundo aquel ha perdido el control sobre el proceso; lo que le pertenecía (la naturaleza transformada por su trabajo en cooperación con otras hombres) se presenta ahora como algo extraño (82).

Pero no solo el producto del trabajo se convierte en / algo extraño, sino también la propia actividad, lo que parece lógico porque si el producto es la enajenación, la producción misma ha de ser la enajenación activa y de ahí que el trabajador " está en lo suyo cuando no trabaja y cuando trabaja no / está en lo suyo " (83). Estamos ya ante un hombre escindido, /

(82) Vid. una explicación más detallada, además naturalmente de en la obra de Marx, en McLellan, " De Hegel a Marx ", trad. de M. Figueras de la obra " Marx before Marxism ", A. Redondo editor, Barcelona, 1972, p. / 234; Rossi, M., " La génesis del materialismo histórico ", trad. de R. de la Iglesia de la primera ed. italiana de 1963, vol. II, " El joven Marx ", p. / 339 y s.

(83) " Manuscritos : economía y filosofía ", cit., p. 108 y 109.

que se siente libre y humano solo en su " vida privada " y / no en su actividad " externa " que le relaciona con el mundo. Lo que era actividad vital se transforma en simple medio para la satisfacción de una necesidad. El trabajo enajenado hace del ser genérico del hombre un ser ajeno para él, un medio de existencia individual, precisamente por que en su acción transformadora de la naturaleza y de creación de sus propias condiciones de vida se hallan exhaustivamente implicadas todas las fuerzas, capacidades y cualidades en las que el pensamiento// filosófico secular ha localizado la " Würde des Menschen ", / la dignidad y el valor del hombre y, sobre todo, su libertad y racionalidad (84); siendo aquella acción una acción alienada, el propio hombre es un ser ajeno, que extraña una de sus dimensiones, tal vez la más humana y racional. Y, como consecuencia, queda también separado de los demás hombres.

El análisis marxista, sintéticamente expuesto, no constituye un estudio económico al uso; más allá de las magnitudes y categorías abstractas está el hombre. Trabajo, capital, mercancía, etc..., no son conceptos interrelacionados, sino relaciones humanas. No deja de ser significativo que un autor como Althusser (85) diga, refiriéndose a los Manuscritos

(84) Vid. Rossi, M., " La génesis del materialismo histórico ", cit., vol. II, " El joven Marx ", p. 362 y s.

(85) " La Revolución teórica de Marx ", trad. de M. Harnecker de la obra " Pour Marx ", Maspero, París, 1965. / siglo XXI, 6ª ed., México, 1971, p. 130.

del 44, que " el Marx más alejado de Marx es este Marx ". Poco importa ahora que el juicio de Althusser sea certero (86); es más, un autor tan revisionista como Fernando de los Ríos / (87) coincidirá esencialmente en el diagnóstico y también en la perspectiva : en el capitalismo lo primero son las cosas, después las personas; el capitalismo se desentiende del carácter del hombre, que se utiliza como mercancía, comprando su / trabajo (88). "Malgre lui ", estas palabras evocan los fragmentos de " El Capital " sobre el fetichismo de la mercancía.

Conviene recapitular sobre el transfondo ético de esta crítica. Ante todo, el hombre genérico se erige en dueño de / sus destinos, en transformador consciente del mundo, pero el trabajo no agota su " actividad vital "; por el contrario, /

-
- (86) Como es sabido, en todo autor es posible hallar apoyos textuales para defender tesis diversas y aún opuestas. Aquí no pretendemos ofrecer la interpretación auténtica de Marx; primero porque sospechamos que la obra de toda una vida no es un conjunto armónico y coherente, un desarrollo sistemático de principios concebidos desde los años de juventud; segundo, porque en esta sede nos interesa sobre todo el planteamiento humanista de Marx, así como sus obras sobre el Derecho y el Estado, que, como es notorio, pertenecen en su mayor parte al período de juventud.
- (87) En realidad, F. de los Ríos no puede ser calificado de revisionista en el mismo sentido que Bernstein o Lenin, pues, a diferencia de éstos, no pretendía interpretar a Marx ni se declaraba marxista. Vid. Las Consideraciones de E. Díaz en el " Estudio Preliminar " al " Sentido humanista del socialismo ", cit.
- (88) F. de los Ríos, "El sentido humanista del socialismo", cit., p. 116 y s.

eso sucede en la sociedad capitalista, en la que el trabajo determina todo el esquema de la vida humana (89). La humanidad se hace libre solo cuando la perpetuación material está en función de las habilidades y de la felicidad de los individuos (90). Describimos al " hombre natural ", pero también libre; es decir, que su existencia sobre la tierra no / viene necesariamente impuesta por ninguna ley de desarrollo histórico. Estamos ante un significado " éticamente antagónico " (91), porque el humanismo de principio, que es optimista

(89) Como es lógico, estas páginas se proponen mostrar, // por las razones que luego indicaremos, el profundo / sentido ético y humanista del socialismo, centrado en la capital aportación de Marx. Otro problema distinto, en el que no procede detenerse, es el del rigor del / análisis, que puede ser discutible en algún caso; por ejemplo de la afirmación del texto pudiera deducirse que el " trabajo enajenado " es el origen de todos los males y que, una vez desaparecido, la Comunidad Humana recobraría la felicidad del Estado de naturaleza / rousseauiano, por aludir a una noción conocida; lo que nos parece más que discutible desde una perspectiva no tan optimista de la naturaleza y del ser del hombre.

(90) Vid. Marcuse , " Razón y Revolución, Hegel y el / surgimiento de la Teoría Social " , cit., p. 287.

(91) Vid. Rossi, M. , " La génesis del materialismo histórico " , cit. , volumen II, p. 366.

ta en relación con las posibilidades racionales del hombre, se torna pesimista en el análisis de la realidad.

¿ Cómo superar ese antagonismo ?. Parece obvio que mediante la negación del trabajo alienado, que se resuelve en la supresión de la propiedad privada capitalista que "es, de / una parte la producción de la actividad humana como trabajo, / es decir, como una actividad totalmente extraña así misma, / extraña al hombre y a la naturaleza y por ello totalmente extraña a la conciencia y a la manifestación vital... (y que) es, por otra parte, la producción del objeto de la actividad humana como capital, en el que se ha extinguido toda determinación natural y social del objeto y ha perdido la propiedad humana su cualidad natural y social " (92). Sobre este tema de la supresión de la propiedad conviene llamar la atención en un doble sentido : primero, que es una noción instrumental, pues lo que importa en realidad no es la oposición " carencia de / propiedad y propiedad ", sino la oposición " capital-trabajo" (93); y, en segundo lugar, que nada autoriza un nuevo capitalismo de Estado o de la sociedad. De nuevo aquí se expresa la profunda vocación individualísta de este planteamiento : "hay que evitar ante todo hacer de nuevo de la 'sociedad' una abs--

(92) Marx, " Manuscritos ... ", cit., p. 125.

(93) Marx, " Manuscritos ... ", cit., p. 140.



tracción frente al individuo. El individuo es el ser social... La vida individual y la vida genérica del hombre no son distintas " (94).

Con ello llegamos a la formulación de la utopía comunista. No se trata ahora de analizar la articulación de esta forma social ni de apuntar las múltiples dificultades y obstáculos que el texto de Marx no resuelve. Lo que nos importa destacar es su incuestionable sentido humanista; el comunismo consiste en la " apropiación real de la esencia humana por y para el hombre ". Y añade Marx en un texto muy conocido : " Este comunismo es , como completo naturalismo = humanismo, como completo humanismo = naturalismo; es la verdadera solución del conflicto entre el hombre y la naturaleza, entre el hombre y el hombre, la solución definitiva del litigio entre existencia y esencia, entre objetivación y autoafirmación, entre libertad y necesidad, entre individuo y género " (95). El camino iniciado en la Contribución a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel y antes en la Cuestión judía, se completa ahora con esta superación positiva de la propiedad privada. Pero estamos aún muy lejos de concebir el comunismo como la simple universalización del trabajo. En el tercero de los " Manuscritos

(94) Marx, " Manuscritos... ", cit, p. 146.

(95) Marx, " Manuscritos ...", cit., p. 143.

tos " Marx formula todo un manifiesto humanista en el que se propone el desarrollo pleno de todas las facultades humanas, sobre las que no se concibe un juicio de moralidad; en este / aspecto, el optimismo antropológico llega hasta el punto de / suponer que en la sociedad comunista no es previsible ningún comportamiento humano rechazable. En muy escasos autores es / posible hallar esa " revalorización de las sensaciones " (96), y, en realidad de todo lo humano \equiv natural que constituye, a nuestro juicio, el fundamento de este humanismo.

Esta perspectiva se verá enriquecida en la primera parte de la " Ideología Alemana " (97), donde se pone de relieve el carácter netamente individualista del pensamiento de Marx, al menos durante este período. También aquí debe distinguirse el diagnóstico de la propuesta, pues en otro caso se obtiene / una visión economicista incompatible con cualquier fundamento ético. Se suele afirmar que Marx rechaza al " hombre abstracto " del mundo liberal (98) y ello es, sin duda, cierto, pero solo en el sentido de rechazar las ideologías que pretenden / explicar los fenómenos humanos a partir de nociones "puras",

(96) La expresión es de Rossi, " La génesis del materialismo histórico ", cit., vol. II, p. 395.

(97) En particular en los epígrafes finales, p. 75 y s., de la edición citada.

(98) Así, Rossi, " La génesis del materialismo histórico vol. II, cit., p. 287 y s.

prescindiendo de las condiciones históricas; no en el sentido de que los hombres no " deban ser abstractos ", o sea, efectivamente iguales. " Los individuos, dice Marx (99), han partido siempre de sí mismos, aunque naturalmente dentro de sus / condiciones y relaciones históricas dadas, y no del individuo " puro " en el sentido de los ideólogos ". Lo que se persigue en realidad es dominar esas condiciones históricas, transformando lo ideal en real, de manera que el individuo no determinado deje de ser una idea de los filósofos y se convierta en la condición real del hombre. De ahí la exclarecedora diferenciación entre el " individuo personal " y el " individuo de clase ". Este último es el individuo supeditado (y no determinado, por cierto) a las condiciones del trabajo y a las / consiguientes relaciones que se generan; es el hombre escindido. El individuo personal, en cambio, es el hombre que, unido a sus semejantes, quiere hacerse dueño de su " actividad / vital ", y, con ello, de las condiciones de su desarrollo.

Desde nuestra perspectiva, este planteamiento solo // puede ser calificado de humanista y enlaza perfectamente con el antropocentrismo del humanismo clásico que se halla en el origen de la filosofía de los derechos fundamentales. Es, sin duda, un humanismo que parte de una epistemología distinta, /

(99) " La ideología alemana ", cit., p. 88.

pero que, como todo análisis, se halla prejuzgado por unas // ideas anteriores, que son ideas morales (100); esto es, que el estudio aséptico de las condiciones históricas se endereza desde el principio a unos determinados resultados que integran unos ciertos imperativos éticos, exigidos inicialmente por // las premisas del propio análisis. Estas premisas, que constituyen la concepción antropológica marxista, creemos que pueden reducirse a las siguientes, a saber : racionalidad, igualdad y totalidad. Racionalidad porque el hombre, pese a su naturaleza necesitada (animal), no se confunde con su actividad, sino que hace de ella objeto de su voluntad y de su conciencia lo que implica libertad, es decir, no sometimiento a la pura necesidad, sino transformación consciente de la naturaleza y, en general, de las condiciones históricas recibidas. La igualdad es una premisa tradicional que no suele ser negada en el plano de los principios (101), pero que ahora alcanza una extraordinaria fuerza transformadora, eliminando las determinaciones sociales que producen la desigualdad entre los hombres. Como veremos, lo que se critica del Derecho igual no es que / sea igual, sino que sanciona relaciones que de hecho son desiguales. Finalmente, totalidad en el sentido de que lo humano

(100) Vid. en este sentido Aranguren, " El marxismo como moral ", Alianza ed., 3^a ed., Madrid, 1970.

(101) Todos los hombres son iguales porque están hechos del mismo barro, porque han sido igualmente redimidos por la sangre de Cristo, etc...

y, en particular, el individuo concreto, agota los motivos / de toda acción, en un doble aspecto. Primero, porque se prescind_ue de cualquier imperativo que trascienda lo humano = natural; y, segundo, porque se previene contra una nueva " reificación " de la sociedad, que suele ser el primer paso para justificar finalidades transpersonalistas, es decir, opuestas al individuo.

Como escribe Rubel (102), Marx tomó de los materialistas los elementos fundamentales de su ética : la bondad original, la igualdad de las facultades intelectuales, la importancia del medio y de la educación, la legitimidad de la felicidad humana, etc... De su enseñanza se deduce (103) un llamamiento patético al individuo, a lo que de humano tiene el hombre, un llamamiento que es exigencia ética para el cambio. Como ya sabemos, este planteamiento humanista e individualista no se agota en Marx, sino que ha sido objeto de profundización y desarrollos notables, incluso lógicamente de investigaciones polémicas con los textos marxianos; pero en todo caso

(102) Rubel, M., " Introduction a L'éthique marxienne " en Marx, " Pages choisies pour une éthique socialiste ", textos reunidos, traducidos y anotados por M. Rubel, Ed. M. Rivière, París, 1948, p. XXXVII.

(103) Rubel, M., " Introduction a l'éthique marxienne ", cit., p. XLIV.

parece que la interpretación contenida en las páginas anteriores resulta suficiente para satisfacer nuestro propósito de dar simple noticia de los elementos principales de / este nuevo humanismo que, partiendo de un análisis de la / realidad que procura ser riguroso, ofrece la imagen de un hombre ilimitado en sus posibilidades, cuya plena realización en la historia alcanza casi una dimensión estética / (libertad en el trabajo, algo en la línea de la concepción de Schiller (104). Ciertamente, a los fines que aquí interesan para reflexionar sobre el fundamento ético de los derechos del hombre no era imprescindible tomar como pretexto las palabras de Marx. Autores renacentistas, humanistas, / protestantes, iusnaturalistas o liberales nos ofrecen una concepción antropológica en cierto modo análoga y suficiente para justificar el sentido axiológico de los derechos / del hombre, hasta el punto de que estos historicamente encuentran su origen filosófico en los planteamientos aludidos : antropocentrismo, libertad y racionalidad, derechos naturales secularizados, felicidad humana como fin de la / asociación política etc...Al margen de otras consideraciones, existe sin embargo un motivo principal de éste " enfoque / marxista " de la cuestión, que es su carácter problemático y en apariencia contradictorio, ya que no es en absoluto habitual partir de unas premisas humanistas y criticar abiertamente o despreciar los derechos del hombre. Si hubiésemos visto

(104) La apreciación es de Arangurem, "El marxismo como / moral ", cit. p. 84.

en Marx un fatalismo determinista o se nos ofreciese como al ternativa al hombre abstracto el " homo economicus " la ques tión carecería de especial interés. Y lo mismo puede decirse si los derechos fundamentales se presentasen como la articu- lación jurídica de la emancipación humana. Pero si este plan- teamiento constituye hoy un reto a cualquier teoría de los de rechos fundamentales es precisamente porque, al menos en apa riencia, comparte con ella los mismos fundamentos éticos, la misma finalidad emancipadora.

Existe, sin embargo, otro motivo no menos importante. Los humanismos tradicionales, en su proyección jurídico -po- lítica, por regla general solo alcanzan a justificar la li- bertad y la igualdad abstractas, esto es, el libre desenvol- vimiento del hombre en un marco de seguridad jurídica y de exclusión de la arbitrariedad; sin duda, ello se explica por evidentes razones históricas en el proceso de consecución de la emancipación política, y, por consiguiente, en contra del régimen de privilegios y de relaciones casi feudales. En es- te aspecto, parece que la ruptura entre las condiciones rea- les de existencia de cada hombre y su cualificación jurídica como sujeto igual constituyó un enorme avance del humanismo jurídico; ruptura que, por otra parte, no fue obra exclusiva del liberalismo, sino que se concluyó con el triunfo del su- fragio universal sobre el censitario. Prescindir del elemento "independencia", que como veremos era la condición que Kant /

exigía para el ejercicio de los derechos políticos, supuso ahondar en esa diferencia o separación entre el ciudadano y el hombre histórico real y, en definitiva, alcanzar la plena emancipación política de todos, sin atender a la fortuna o / nivel cultural de cada uno. Pero un humanismo que pretenda / reivindicar la " dignidad del género humano ", ya sea desde posiciones religiosas no secularizadas, ya sea desde una / perspectiva ~~ex~~clusivamente política, que conciba al hombre / sólo como ciudadano, ha de resultar a todas luces insuficiente para explicar y justificar el sentido de los derechos fundamentales a finales del siglo XX. A nuestro juicio, el humanismo liberal, que demostró su eficacia en la separación del orden jurídico - político del Antiguo Régimen, no puede hoy. ofrecer un arsenal teórico suficiente para comprender el conjunto de los derechos fundamentales, ni desde un punto de / vista puramente explicativo ni, mucho menos, desde una perspectiva valorativa que sirva de fundamento ético a tales de rechos.

Ello sucede porque en el Estado social y democrático de Derecho los derechos fundamentales no representan solo la articulación jurídica de la emancipación política, sino que en muchos casos su titularidad no se atribuye al hombre- ciudadano, sino al hombre trabajador, necesitado, etc..., y su ejercicio no se resuelve en el marco de "Estado abstracto ", sino en las concretas relaciones económicas, sociales y cultu

rales. Los derechos fundamentales no se dirigen, pues, a la garantía de la libertad e igualdad, sino que además pretenden satisfacer un doble objetivo que es sustancialmente distinto. De una parte, los derechos sociales representan, como veremos, un instrumento al servicio de la igualdad sustancial, recogida en uno de los preceptos más ejemplares de la Constitución (art. 9,2). De otra parte, los derechos de participación, la democracia, no se proyecta únicamente en el ámbito político, sino que pretende articular una verdadera democracia social : participación en la Seguridad Social y en la Empresa (art. 129), en los Centros Escolares (art.27), en / la Administración (art. 105), etc..., lo que supone aceptar que " lo que a todos concierne " no se circunscribe a las decisiones estatales. Pues bien, esta función de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho solo puede entenderse y justificarse desde un humanismo que comprenda, en su proyección política, la emancipación del / hombre en todas sus manifestaciones vitales. Este y no otro es, por ejemplo, el sentido de la " Cuestión Judía ": mostrar que la emancipación política no es todavía emancipación humana. A tal fin, sin embargo, se pueden orientar los derechos sociales y democráticos recogidos en la Constitución, / que no obliga pero sí habilita una acción política en esa dirección, que debe quedar enmarcada en una filosofía no solamente jurídica, como la indicada.

El estudio de la teoría marxista sobre el Derecho y el / Estado, en el que debe incluirse como un simple aspecto marginal la crítica a los derechos del hombre, excede ampliamente de los propósitos de estas páginas introductorias, / pero al menos debemos intentar conectar ese llamamiento humanista dirigido al hombre concreto e histórico con la construcción jurídica que en el mundo moderno adoptan los valores de libertad e igualdad y, en definitiva, el ideal de / emancipación humana, y que, a nuestro juicio, son los derechos fundamentales. Las palabras de Marx sobre el Derecho y el Estado, muchas veces pronunciadas al hilo de los acontecimientos o de la polémica, se presta como es lógico a múltiples interpretaciones (105), como lo prueba la misma evolución del pensamiento socialista, y no creemos que sea / procedente aquí una exégesis detallada acerca del significado y alcance de ideas como dictadura del proletariado, extinción del Estado, etc... (106); en cualquier caso, sí in-

(105) García Cotarelo dice que la teoría marxista del Estado es ambigua o, por lo menos, dual; apreciación que nos parece acertada y que probablemente tenga su origen en el carácter asistemático de los textos de Marx sobre este tema. Vid. " Sobre la teoría marxista del Estado ", en " Sistema " núm. 20, septiembre, 1977, p. 3 y s.

(106) Aunque no podemos dar cuenta de la frondosa bibliografía sobre esta cuestión, vid. a título indicativo Marx, " Crítica de la Filosofía del Estado de / Hegel ", trad., de Sánchez Vázquez, Grijalbo, Barcelona, 1974; " La cuestión judía ", ed. Heráclito, / Buenos Aires, 1974; " Manuscritos : economía y filosofía ", trad. de F. Rubio, Alianza Ed., Madrid, 1974;

teresa referirse a una interpretación del marxismo que, con independencia de su fundamento en los textos, ha tenido una gran importancia, no solo por su plasmación real, sino también porque de ella se ha alimentado durante años un sector importante del pensamiento socialista.

" Contribución a la crítica de la economía política ", trad. de J. Merino, A. Corazón, Madrid, 1970; " La guerra civil en Francia ", ed. de Cultura popular, Barcelona, 1968, " Crítica del Programa de Gotha ", R. Aguilera, Madrid, 1968. Vid. también, las " pages choisies pour une éthique socialiste " recogidas por M. Rubel, M. Riviére, París, 1948 (hay trad. castellana en Amorrotu, Buenos Aires).

Entre los primeros juristas soviéticos, vid. Stucka, / " La función revolucionaria del Derecho y del Estado, versión española de Capella, Ed. Península, 1969; Pasukanis, " Teoría general del Derecho y Marxismo ", trad. de V. Zapatero. Vid. además Cerroni, " El pensamiento jurídico soviético ", trad. de V. Zapatero y M. de la Rocha, Edicusa, Madrid, 1977.

Entre los trabajos más modernos destaquemos los de Cerroni, " Marx e il diritto moderno ", Ed. Riuniti, Roma, 1962, Poulantzas, " Hegemonía y dominación en el Estado Moderno ", trad. de Poyrazián, Siglo XXI, Buenos Aires, 1973, " Sobre el Estado capitalista ", trad. de Poyrazián y Solé Tura, Barcelona, 1974; " Estado, poder y socialismo ", trad. de Claudín, Siglo XXI, Madrid, 1979; Miliband, " El Estado en la sociedad capitalista " Siglo XXI, México, 1970; " Marxismo y Política ", siglo XXI, Madrid, 1978. Colletti, " Ideología y sociedad ", trad. de Bozzo y Capella, Fontanella, Barcelona 1975; " Estado de Derecho y soberanía popular ", trad. de Capella, Anagrama, Barcelona, 1976; Stoyanovitch, / " Marxisme et Droit " L. G. D. J., París, 1964; Losano, " La teoría di Marx ed Engels sul diritto e sull Stato " Turín, 1969; Guastini, " Marx : Dalla filosofia del Diritto alla scienza della società ", Il Mulino, Bolonia 1974; Zolo, " La teoría comunista dell'estinzione dello Stato ", De Donato, Bari, 1974.

De los autores españoles indiquemos los trabajos de Conde, " Sociedad, Estado y Derecho en la filosofía marxista " Edicusa, Madrid, 1968; García Cotarelo, " Sobre la

Muy en síntesis, aunque la síntesis pueda desdibujar / su imagen, este punto de vista parte de la creencia en que el Estado y en general los " aparatos ideológicos " son una emanación o reflejo de la clase dominante (Burguesía), / que utiliza " sus " derechos, " sus " Leyes, etc... como / simples instrumentos para perpetuar su dominio (107), con / las tres siguientes consecuencias : primero que la clase dominada (trabajadora) ha de considerar al Derecho y al Estado como un arma del enemigo y en todo caso como algo / perfectamente ajeno a sus preocupaciones y objetivos (108), de manera que deben ser tomados desde fuera o, si se permite decirlo así, " al asalto ". Segundo, que, siendo un instru-

teoría marxista del Estado ", Sistema nº 20, Septiem--bre 1977, p. 3 y s.; " Sobre la extinción del Estado", Sistema nº 38-39, octubre 1980, p. 67 y s.; Díaz, E., " Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado ", Sistema, nº 38- 39, octubre de 1.980, p. 29 y s. ; / Atienza, " Marx y los derechos humanos ", Sistema 37, julio 1980, p. 3 y s.; Capella, " Materiales para la / crítica de la Filosofía del Estado " Fontanella, Barce_lona, 1976.

(107) " El Estado no es más que una máquina para la opresión de una clase por otra, lo mismo en la república demo--crática que bajo la monarquía ", Engels, " prólogo " a la " Guerra Civil en Francia " de K. Marx, cit., p.29.

(108) " Los obreros saben y sienten ... que el parlamento / burgués es una institución ajena, un instrumento de / opresión... ", Lenin, " La revolución proletaria y el renegado Kautsky"; trad. de Claudín, Grijalbo, México, 1975, p. 163 -164.

mento de dominación de clase, desaparecerán lógicamente el día feliz en que la sociedad no esté dividida en clases // (109). Tercero, que mientras tanto el poder paralelo (los soviets) debe adueñarse de los instrumentos de dominación e imponer la dictadura del proletariado para garantizar el éxito de la revolución. ¿ Los derechos fundamentales ?; son los derechos del hombre egoísta, replegado en sí mismo, en su interés privado (110), que no garantizan " la libertad " de los trabajadores de celebrar sus reuniones en los mejores edificios, ni " la libertad " de disponer de las mayores imprentas, ni de "la libertad " de enviar a hombres de su clase al gobierno, etc... (111). Garantizan, pues, la / dignidad del género humano y perpetúan la opresión y la desigualdad real de los individuos concretos, históricos.

No juzguemos esta interpretación leninista a través de sus experiencias históricas, aunque al menos cabe indicar / que el período de transición se prolonga más de lo esperado y que no se vislumbran síntomas de la extinción del Estado.

(109) El Estado es " una organización llamada a ejercer la violencia sistemática de una clase contra otra, de una parte de la población contra otra... Nosotros nos proponemos como meta final la destrucción del Estado.." Lenin, " El Estado y la Revolución ", Moscú, 1947, P. 106-107.

(110) Son palabras de Marx en " La cuestión judía ", cit. p. 181.

(111) Son palabras de Lenin en " La revolución proletaria y el renegado Kautsky ", cit., p. 165.

Son muchas las objeciones que cabría formular y más con la / perspectiva que ofrece el paso del tiempo. Ante todo, hoy no parece sostenible la concepción del Estado como simple " instrumento - de - dominación - de clase "; el Estado moderno, incluso el absoluto, propició una racionalización del proce.so de decisión política que creemos irrenunciable (112); escindió, es cierto, la política de la sociedad, consagrando en abstracto una igualdad que se correspondía con la desi--gualdad de las relaciones sociales, pero, como agudamente/sugiere E. Díaz (113), ello sirvió de revulsivo, de horizonte utópico, para lograr la homogeneización de lo concreto / (social) con lo abstracto (jurídico), para impulsar la / emancipación política del ciudadano (114). Finalmente, en el mundo del neocapitalismo, parece muy discutible esta carac-

(112) " Las normas jurídicas como normas técnicas, el Derecho como organización de la vida social y, por consiguiente, su carácter de funcionalidad pueden servir también a una organización socialista ", Peces-Barba, "El socialismo y la libertad ", citado, p. 153.

(113) Vid. " Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado ", cit., p. 47.

(114) La idea fue incluso apuntada por Engels, " Anti-Duhring o la revolución de la ciencia de E. Duhring (introducción al estudio del socialismo) ", trad. de Verdes Montenegro, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1968, " La reivindicación burguesa de la igualdad se acompaña de la reivindicación proletaria de la igualdad ... la igualdad no debe ser puramente aparente, no debe realizarse solo en la esfera del Estado, sino en la realidad, es 7 decir, en el terreno social y económico ", pág. / 117 - 118.

terización del Estado, que ni es ajeno a los conflictos sociales ni satisface solo una función represora o, en términos más positivos, de simple garantía y represión, sino / que refleja y reproduce en su seno los propios conflictos / de la sociedad civil; como señala Poulantzas (115), " El Estado no es ni una cosa-instrumento de la que sea posible / apoderarse, ni una fortaleza donde se penetre con caballos/ de madera, ni una caja fuerte que se fuerze hasta romperla: es el centro de ejercicio del poder político ".

Consideramos ahora irrelevante el problema de la extinción del Estado. Tal vez dentro de algunas centurias merezca la pena buscar otra denominación para la organización política, pero hoy no se puede prescindir del Estado, ni siquiera del Estado garantizador y represor, y para ello no es necesario destacar sus virtudes ni realzar las funciones que satisface; basta con recordar que en todo caso, es decir, también en el caso de la dictadura del proletariado, la realización/ del hombre como " ser genérico " se inicia a partir del Estado ; de su dominación y del ejercicio del poder. Si se desea, podemos seguir creyendo en la futura desaparición de / toda forma de violencia o de represión, pero incluso en este

(115) " Estado, poder y socialismo ", cit. p. 316.

supuesto será preciso encauzar y dar un determinado sentido al Estado y a los fenómenos jurídicos : aunque aceptemos que éstos pueden decaer hasta extinguirse, es evidente que de / acuerdo con las premisas anteriores, ello no sucederá necesariamente, sino por la acción libre y consciente del hombre, que se desarrollará no solo, pero también, en el marco de la acción estatal y jurídica.

Pese a todas las transformaciones del Estado social / del neocapitalismo, parece que todavía hoy puede seguir manteniendo un juicio crítico frente al Derecho liberal y / frente al significado y función insuficiente de los derechos fundamentales efectivamente tutelados. Algunos viejos reproches conservan aún vigencia, aunque tal vez por motivos / distintos : el poder legislativo y, por extensión, el Estado, no es una emanación, una función de la sociedad, sino / simplemente su formación. La constitución en poder legislativo exige que todos los miembros de la sociedad civil se / consideren individuos. La determinación " ser miembros del Estado " es su " determinación abstracta ", una determina--ción que no se realiza en la realidad vigente. Ya se ha / producido la reforma electoral y el sufragio universal, pero ello no ha supuesto la disolución ni del Estado político abstracto ni de la sociedad civil como existencia separada de la instancia política (116).

(116) Vid. Marx, " Crítica de la Filosofía del Estado de He gel ", cit. p. 148 y 151.

En cuanto a los derechos fundamentales, es evidente que con ellos se ha logrado la emancipación política, pero en lo esencial el hombre sigue siendo esclavo de sus propias / necesidades y determinaciones sociales. Y a estos reproches habría que añadir otros más recientes porque, como veíamos anteriormente e insistiremos en el Capítulo II al hablar de la " crisis de la ley ", en el moderno Estado intervencio-- nista se aprecian modos y actitudes totalitarias cuando no fascistas que ponen en peligro la libertad y la seguridad / jurídica del Estado de Derecho.

Ahora bien, este juicio crítico solo puede verifi-- carse desde dos perspectivas : o bien la democracia social asume y profundiza los valores de la democracia política, / respetando las libertades y en general todas las garantías propias del Estado de Derecho; o bien, desde la óptica an-- tes señalada, destruye, no la máquina estatal, que se con-- serva y fortalece, sino los valores de la democracia. El / problema no consiste sólo en ponderar los sacrificios que / comporta cada uno de los caminos, como si el fin último fue se una necesidad histórica ineluctable; por el contrario, / el fin es fruto únicamente de una acción libre y consciente. El problema principal se centra, pues, en saber si los dos/ caminos resultan idóneos y la elección depende solo de las circunstancias particulares de cada país o, dicho de otra / forma, si prescindiendo de los derechos fundamentales y del

Estado democrático puede avanzarse en la emancipación humana, en la desaparición de la violencia y, en definitiva, en el logro de ese completo naturalismo = humanismo que soluciona el conflicto entre el hombre y la naturaleza, entre / el hombre y el hombre, entre la libertad y la necesidad / / (117). El argumento histórico tiene aquí un valor no despreciable : de un lado, democracia representativa y libertades no se conocen separadamente; de otro lado, después de su sacrificio conjunto en los países del " socialismo real " no se vislumbra su plena recuperación en un paraíso sin Derecho.

Pero, el margen de que el argumento histórico pueda / utilizarse también legítimamente con un propósito contrario, creemos que existen motivos más valiosos para reivindicar a finales del siglo XX la filosofía de los derechos fundamentales. En realidad, esos motivos vienen siendo señalados con

(117) La idea, antes comentada, figura en el Tercero de los Manuscritos de 1844, Marx, " Manuscritos : economía y filosofía ", cit., p. 143.

mayor o menor fortuna desde hace más de un siglo y no creemos que estas páginas puedan aportar reflexiones originales (118). Pero, no obstante, surge una apreciación casi intuitiva y es que si se pretende cancelar la separación entre / sociedad y Estado y hacer que el individuo - ciudadano asuma la dirección de su propio destino, participando en la // adopción de las decisiones colectivas, resulta imprescindible garantizar la libertad con más vigor aún que en el Estado liberal. Por supuesto, debe preocuparnos el coste de los procedimientos políticos, aunque solo sea porque desde nuestra perspectiva no es fácil aceptar pacíficamente sacrificios indefinidos en nombre de un ideal genérico de futura e

(118) Vid., por ejemplo, Bernstein, " Socialismo teórico y socialismo práctico ", trad. de Díaz-Reta, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1966, en especial, p.112. La obra de Bernstein, desprestigiada y ya casi olvidada incluso en la socialdemocracia, ha sido recientemente reivindicada por Peces-Barba, " Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado ", Sistema nº / 38 - 39, octubre de 1.980, p. 3 y siguientes; Kautsky " La dictadura del proletariado ", trad. de Claudín, Grijalbo, México, 1975. Entre los autores más recientes recordemos a Bobbio, : ¿ Qué socialismo ? " (citado), así como los trabajos de Poulantzas (período de madurez), Cerroni, E . Díaz, etc..., citados en nota anterior. De Elías Díaz tiene también interés " El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas " en " Legalidad - legitimidad en el Socialismo democrático ", Civitas, Madrid, 1978, p. 149 y s.Vid. también Peces-Barba, " El socialismo y la libertad " y " Socialismo y Estado de Derecho ", ahora recogidos en " Libertad, Poder, Socialismo ", Civitas, Madrid, 1978, p. 113 y siguientes y 163 y siguientes.

inaprensible " dignidad humana ", pero es que, además resulta siempre lícito, no solo ponderar la idoneidad de los medios, sino también juzgar su bondad moral, por cuanto que los procedimientos políticos exigen ese juicio en función / de los fines perseguidos y en función de su propio valor intrínseco (119).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que toda reflexión que quiera ser moderna ha de partir de los presupuestos secularizados y relativistas que, según creemos, culminan en Rousseau. Como veremos en el Capítulo II la filosofía ilustrada es una búsqueda constante de la racionalidad de la ley, ya que se consideraba que en la razón se encerraban los contenidos de justicia. Pues bien, en Rousseau aparece ya el germen del fracaso de esa búsqueda; es lo que Burgelin (120)

(119) Vid. Pontara, G., " Se il fine giustifichi i mezzi ", Il Mulino, Bolonia, 1974. Vid. también Bobbio, " Existe una doctrina marxista del Estado ?" en " ¿ Qué socialismo ? ", cit. p. 51 y s.

(120) Si la justicia deriva de la ley, expresión de la voluntad general, queda ordenada por un principio de / igualdad que deriva de la identidad de nuestra naturaleza; pero esa igualdad no deriva de un compromiso entre fuerzas rivales, sino como un sentimiento de que la integridad de nuestro yo no es respetada si / no somos situados al mismo nivel. Vid. Burgelin, P., " La Philosophie de l'existence de J.J. Rousseau ", P.U.F., París, 1952, p. 528 y s. Vid. de Rousseau / " El Contrato Social ", trad. de S. Masó, Introducción, Cronología y Bibliografía de G. Benrekassa, en " Escritos de combate ., Alfaguara, Madrid, 1979, Libro II, Cap. VI, p. 430.

ha llamado la sicología del resentimiento : la justicia de la ley, la bondad del Estado, no es descubrible en las Sagradas Escrituras ni en los laboratorios de los juristas, si no que constituye un criterio dinámico e inaprensible , cuya única garantía de realización es la participación de todos en la formación de la voluntad general porque " nadie es injusto consigo mismo (121). Nosotros no podemos renunciar/ a esta filosofía relativista y tolerante en nombre de ningún método científico que, solo al alcance de un grupo de iluminados, pretende extraer de las descripciones presuntamente acertadas prescripciones de conducta, no individual, sino / colectiva , e imponerlas por la fuerza y sin el consentimiento de los destinatarios llamados a la salvación; ni siquiera aunque estimemos que ese método tiene mucho de acertado.

Pero , además, creemos que hoy la democracia no constituye tanto un procedimiento para alcanzar la justicia material, sino que representa un valor intrínseco en toda sociedad secularizada. Desde la antropología optimista a la que / antes nos hemos referido, no puede imponerse a priori ningún mensaje de salvación concreto; el fin es más modesto y con-

(121) Rousseau, " El Contrato Social ", cit. Libro II, Cap. VI, p. 432.

siste en hacer al hombre, individual y colectivamente, dueño de sus destinos, destruir las causas materiales e ideológicas que hacen de él un ser enajenado. No se impone ni anuncia ninguna moral, precisamente porque se estima que en lo humano = natural se encierra la moralidad y, por ello, la búsqueda del hombre no determinado por el reino de la necesidad. Pues bien, ello exige reivindicar la democracia, no como un medio, sino como un fin en sí misma; porque si conociésemos a priori los contenidos de justicia material que corresponden a lo humano = natural (122), si tuviésemos la osadía de elevar a la categoría de reglas universales nuestras propias opiniones y prejuicios, la democracia sería un simple problema de medios, o sea, de calibrar qué procedimiento es el más idóneo para emancipar a la humanidad. Pero no es así, al asumir la filosofía relativista de la tolerancia, como nadie nos ha revelado la verdad, lo bueno y lo malo, y como consideramos que un hombre es igual y no superior a otro hombre, la democracia, es decir, la participación de todos en lo // que a todos concierne, nos parece consustancial a todo proyecto emancipador que se funde en los presupuestos enunciados.

(122) Conviene indicar, aunque es casi obvio, que no estamos hablando de ética, sino de Derecho, es decir, de normas jurídicas con vocación de imponerse coactivamente. Aunque disentimos de alguna de sus tesis tiene interés el libro de Hoerster, N., " Problemas de ética normativa " (" Utilitaristische Ethik "), // trad. de E. Garzón Valdés, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1975, en especial su crítica a Weber, p. 149 y s.

¿ Y la libertad y los derechos fundamentales ?. La / pregunta surge al instante porque, en principio, con la de-
mocracia, ya sea política o social, ya sea directa o repre-
sentativa, no se garantizan la libertad individual, las in-
munidades procesales, los derechos de reunión o asociación,
etc... ¿ Cómo obtener la legitimidad material a partir de /
la legitimidad formal ?. ¿ Cómo impedir que la historia dé/
la razón a B. Constant ?. (123) Ante todo, podemos acudir /
de nuevo a la experiencia : no conocemos ninguna dictadura
que haya respetado las libertades, ni ninguna democracia /
que las haya suprimido. En segundo lugar, invocamos de nue-
vo el artumento de Rousseau : nadie es injusto consigo mismo
y, salvo que estimemos que el hombre es un ser estúpido, de-
bemos suponer que nadie prefiere conscientemente la opre-
sión a la libertad, la discriminación a la igualdad, la in-
seguridad jurídica a las garantías procesales, etc... Cier-
tamente, se argumentará que es posible, por ejemplo, que /
una minoría blanca esclavice democráticamente a una minoría

(123) " La soberanía solo existe de un modo limitado y rela-
tivo. Donde comienza la independencia y la existencia
individual se detiene la jurisdicción de esta sobera-
nía... Rousseau ha ignorado esta verdad, y su error /
ha hecho de su Contrato Social, tan frecuentemente in-
vocado en favor de la libertad, el instrumento más te-
rrible de todos los géneros de despotismo ... " Cons-
tant, " Principios de Política " , trad. de J. Her-
nández, Aguilar, Madrid, 1970, Cap. I, página 9 y /
10.

negra, pero en realidad entonces no cabe hablar de democracia, pues habrá desaparecido uno de sus requisitos esenciales como es la igualdad jurídica. La participación de todos en los asuntos públicos es solo la primera condición de la democracia; el segundo requisito es que todos gocen o padezcan las decisiones adoptadas por todos. Sobre el tema volvemos en la última sección de este Capítulo.

Consideremos la última hipótesis, que nos gustaría / fuese de laboratorio : que por cualquier causa todos o la / mayoría decidiésen enajenar sus libertades. En tal supuesto es verdad que la democracia habría enterrado el régimen de libertades , pero también, y esto es fundamental, el propio sistema democrático. Sería una especie de autoinmolación, // porque parece evidente que la decisión colectiva solo puede expresar fielmente el conjunto de voluntades individuales / cuando éstas se han formado libremente. Tras suprimir democráticamente las libertades, el siguiente " ejercicio de de mocracia " (por ejemplo, las siguientes elecciones) ya / no sería libre y, por lo tanto, su resultado no podría ser calificado como expresión de la voluntad general, sino so-- lo como el arbitrio de la voluntad de unos pocos, justamen-- te de aquellos que son efectivamente libres porque tienen / el poder y la fuerza. Si se carece de la libertad de expre-- sión, de la seguridad jurídica frente a la detención arbi--

traria, del derecho de reunión y de asociación, sencillamente no puede existir democracia.

Así pues, el ideal de emancipación humana recorre los caminos de la democracia y ésta, a su vez, exige la protección de las libertades y derechos fundamentales. Ahora bien, ¿qué democracia ?. Esta es una cuestión esencial porque, / paradójicamente, ni los teóricos de la dictadura del proletariado rechazan la democracia; mejor dicho, la defienden (124). El problema surge en los mismos orígenes de la III Internacional; para Lenin, democracia representativa equivale pura y simplemente a dictadura burguesa y, en consecuencia, propone una democracia directa, de mandato imperativo y revocable. Sin duda, como señala Bobbio (125) la propuesta presenta dificultades enormes cuando pensamos en el Estado-Administración y no en el Estado- representación, pero además, como in-

(124) Explícitamente, en Lenin podemos leer que " la democracia proletaria es un millón de veces más democrática que cualquier democracia burguesa ", " La revolución proletaria y el renegado Kaustsky ", cit. p. 164, Vid. también, Moore, S., " Crítica de la democracia capitalista " trad. de M. Norwersztern, Madrid 1974., p. 118 y s.

(125) " ¿ Qué alternativas a la democracia representativa ?" en " ¿ Qué socialismo ? ", cit. p. 81 y s.

tuyera Rosa Luxemburgo (126), esta democracia de los soviets habría de conducir al más férreo estatismo centralizador, / pues la práctica consejista, al ser incapaz de asumir las funciones del Estado moderno, dejó un ancho margen de desarrollo a la dictadura de los tecnócratas y, en definitiva, al / despotismo del partido único que, convertido en mediación / necesaria, terminaría por reproducir los modos del Estado criticado por Marx en la Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel (127). En definitiva, hoy la democracia directa, // en cualquiera de sus fórmulas, no puede presentarse como / una alternativa global a la democracia representativa, no solo por motivos técnicos insalvables, sino porque de hecho propicia el despotismo, lo que no quiere decir obviamente que no puedan ensayarse nuevos modos de participación y que no deban reformarse los conocidos.

No es un problema que debamos abordar aquí, pero si es conveniente indicar que en este punto ha de procederse /

(126) Rosa Luxemburgo, " La revolución rusa " en " Escritos políticos ", trad. de Gustau Muñoz, Grijalbo, / Barcelona, 1977, p. 551 y siguientes.

(127) Vid. también sobre este punto las consideraciones de Bernstein " Socialismo teórico y socialismo práctico cit., p. 123 y a.

con exquisito cuidado, pues aunque las formas políticas no constituyan un trasunto de las relaciones de producción, no deben desentenderse tampoco del tipo de sociedad que pretenden organizar. En este aspecto, descentralizar el poder, creando unidades más pequeñas que sirvan de freno al poder estatal puede tener algún interés, pero no representa una panacea; también Colletti critica esta " técnica de autogobierno local de tipo inglés (128), pero su crítica nos parece desenfocada, porque sospechamos que hoy el Estado es el más democrático de todos los poderes y limitarlo y cercenarlo " desde fuera " puede propiciar el fortalecimiento de centros de poder privados, que de hecho existen ya. Es preciso, por lo tanto, desprenderse de ciertas obsesiones estatistas, pues, como dice Mannheim (129), en cuanto nos liberemos del temor infundado de que sea lo que sea lo que hagan el Estado y su burocracia, habrá de ser algo equivocado y contrario a la libertad y de que cualquier acto procedente de individuos privados es un acto eficiente y sinónimo / de libertad, podremos enfrentarnos adecuadamente al verdade

(128) " Estado de Derecho y soberanía popular " en "Para una democracia socialista ", trad. de J.R. Capella, Anagrama, Barcelona, 1976, p. 43.

(129) " Libertad, poder y planificación democrática ", cit. p. 65.

ro problema; y ese problema es que en el mundo moderno todo es político y la responsabilidad política está entretrejida en toda la estructura de la sociedad. De ahí que la primera tarea consista en democratizar todo lo posible el propio Estado, porque él constituye garantía de uniformidad y racionalidad en la adopción de las decisiones políticas, que son decisiones sociales.

Ahora bien, una vez aceptado que el mundo de los negocios, que la esfera privada, nos es un ámbito " inocente" cuya autoregulación se proyecte en resultados de justicia, / sino que, por el contrario, impide la realización en concreto de los valores jurídicos de libertad e igualdad y propicia un hombre social heterónomo que contrasta con la proclamada autonomía del hombre político, no creemos que existan objeciones insalvables para hacer compatible la irrenunciable democracia política con fórmulas participativas en el / ámbito de las relaciones sociales y económicas; y también, por supuesto, para abogar por la reforma de la propia democracia representativa, de forma que el " cuerpo político " traduzca fielmente, no sus propios intereses separados de la sociedad civil, sino, cuando menos, los intereses y aspiraciones de una parte de esa sociedad civil. En este aspecto, debe señalarse que el sufragio universal trasforma alguna de las características originarias de la democracia repre--

sentativa y así, por ejemplo, el mandato imperativo, que suele reivindicarse como propio de la participación directa, / se consigue en cierto modo en los sistemas políticos modernos a través de la mediación de los partidos. Es evidente / que el parlamentario de la Constitución española de 1978 no es comparable al del sistema caciquil y oligárquico de siglo XIX, (130) ya que entre otras cosas la disciplina de partido es hasta cierto punto el sucedáneo funcional del mandato imperativo (131).

Cualquiera que sea la fórmula adoptada, lo que ahora nos interesa destacar es que la democracia y los derechos / fundamentales, ya entendidos como método o procedimiento, ya concebidos como finalidad u objetivo de la asociación humana, constituyen elementos irrenunciables y vinculados intrínsecamente al ideal de emancipación humana antes enunciado, / que quiere fundarse en un análisis certero de la realidad, / pero que, huyendo de todo fatalismo mecanicista, requiere al mismo tiempo la acción libre y consciente del hombre. La de

(130) Vid. sobre este tema el libro de Varela Ortega " Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900). Alianza Universidad, Madrid, 1977.

(131) Vid. Bobbio, " ¿Qué alternativas a la democracia representativa ? " en " ¿ Qué socialismo ? ", cit., / p. 107.

mocracia política representa una condición de la democracia social en ese proceso de socialización de la vida civil "en contra " de los procesos alienantes del autoritarismo político; pero en lugar de ser escudo de la propiedad privada, / ha de convertirse en " escudo de la libertad-participación, manteniendo firmes las garantías del individuo, así como las del control del poder " (132), en contra también de los procesos alienantes de las relaciones económicas, sociales y / culturales. La democracia política, al incidir en el área / de la racionalización y universalización que garantiza la / igualdad y que es propia del Estado, es algo más que un requisito de la democracia social; tiene un valor en sí misma en cuanto que, como indica Bobbio (133), existen problemas/ del ciudadano que son distintos de los del trabajador. Es / cierto que la emancipación política no alcanza en su totalidad a la emancipación humana, pero constituye una parte // esencial de la misma, porque el hombre es también ciudadano.

No debe obtenerse de aquí una propuesta conformista, ni la autosatisfacción ante la igualdad jurídica y el fin /

(132) Vid. Cerroni, "La libertad de los modernos ", 1^a ed. De Donato, Bari, 1968; trad. de R. de la Iglesia, Ed. Martínez Rosa, Barcelona, 1972, p. 232 y s.

(133) " ¿ Qué alternativas a la democracia representativa?" en " ¿ Qué socialismo ? ", cit. p. 112.

de los privilegios feudales. La democracia política no puede ser plena sin democracia social, pues el individuo no es un ser escindido que pueda actuar consciente y libremente como ciudadano y permanecer determinado por el reino de la necesidad como ser social y trabajador. En cierto sentido, debe mos reconocer que el pensamiento liberal de Kant tenía en / el fondo razón. La libertad, entendida como posibilidad de / buscar la felicidad individual sin interferencias del Estado paternalista, y la igualdad jurídica ante la ley son atribu tos del del hombre, de la persona humana cualquiera que / sea su condición social. Pero el ejercicio de los derechos / políticos no requiere solo libertad e igualdad, sino tam--- bién independencia; y la independencia ya no es predicable de todos los hombres, sino que es cualidad exclusiva del / ciudadano, del titular de derechos políticos a participar / en la formación de la ley. La voluntad general es el resultado de la voluntad de todos los ciudadanos, o sea, de hom bres libres, iguales e independientes.

La independencia supone no determinación por lazos de sometimiento familiar, económico, etc... La argumentación de los liberales en favor del voto censitario no deja de tener un cierto fundamento : quienes no deben la propia existencia y conservación a su propio derecho y a su fuerza como miembros del Estado, quienes no son independientes, carecen cier

tamente de la autonomía necesaria para que su voluntad política se exprese plenamente o, mejor dicho, para que la voluntad expresada refleje fielmente las opiniones e intereses reales de la persona, porque, como señala Kant, " todas las mujeres, y en general cualquiera que se encuentre compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal, sino según las órdenes de otro (excepto del Estado), carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de la de otro " (134).

Como hombres, como sujetos privados, todos son libres e iguales y utilizando con inteligencia y sagacidad las "leyes del mercado " todos pueden elevarse de condición, transformándose de ciudadanos pasivos en ciudadanos activos; pero no todos participan en la formación de la voluntad general, sino solo aquellos cuya " existencia no es un accesorio de la de otro ". Sin duda, esta distinción liberal entre hombre y ciudadano (135) nos debe recordar las páginas de Marx //

(134) Según Kant no puede reconocerse independencia, además de a las mujeres, al pupilo, al muchacho empleado de un comerciante o fabricante, al leñador, al carpintero, etc.. Vid. " Principes Méthaphysiques du Droit ", trad. J. Tissot, Librairie Philosophique de Ladrangé, París, 2^a ed., 1855, cap. XLVI, p. 176 y s.

(135) Distinción que demuestra , por otra parte, que liberalismo y democracia no son nociones pacíficas.

acerca de la separación entre Estado y sociedad civil, y en cierto modo, explica también por qué en la crítica de la filosofía de Hegel de 1843 se considera al sufragio universal como la industria de la disolución de la sociedad política/ (136).

Y, ciertamente, el sufragio universal, la democracia política, nos parece esencial e irrenunciable, pero insuficiente. Es preciso dar la razón a Kant y llevar el argumento hasta sus últimas consecuencias : si la independencia constituye una condición de la participación política, hagamos a todos los hombres independientes, desatando los lazos de subordinación (y alienación) para que su existencia sea / verdaderamente suya y no el " accesorio de la del otro ". El rumbo de la historia ha sido lógicamente el contrario; las asociaciones obreras lograron antes el sufragio universal / que la independencia kantiana que, si ha de ser para todos por igual, supone el fin de la sociedad capitalista y del trabajo enajenado, pero ello no debe hacernos olvidar que / hoy la democracia política aparece viciada por el sometimiento del hombre al reino de la necesidad, un reino que no se circunscribe a las puras relaciones de producción sino /

(136) Vid. Marx, " Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel ", cit., p. 151.

que se extiende a través de todo el complejo entramado de relaciones de dominación social y cultural. Así pues, la democracia social, que se articula en los denominados derechos / de igualdad (137), representa una condición de la plena democracia política o, mejor dicho, de la democracia a secas. Que los ciudadanos sean libres exige suprimir el " sagrado derecho de los príncipes ", recobrando el hombre político la dirección de su propio destino. Que el hombre sea independiente exige suprimir el " trabajo enajenado " y todo lo que ello / supone, recobrando el individuo histórico - real la dirección de su propio destino, no ya como miembro del Estado, sino en general a través de todas sus manifestaciones vitales. ¿Es / concebible que los hombres impriman una dirección " inmoral " a su destino ?; más concretamente, ¿ pueden destruir la libertad ?. Ya hemos indicado que no lo creemos : nadie es injusto consigo mismo y, además, las libertades constituyen un elemento intrínseco de la autodeterminación, o sea, de la democracia ¿ Cómo autodeterminarse cuando la propia existencia aparece determinada, ya sea por vínculos feudales de servidumbre, que se traducen en desigualdad política, ya sea por lazos de sometimiento social que, aunque no se reflejen en el derecho público, impiden o dificultan la formación libre de la conciencia y de las decisiones ?.

(137) Vid., más adelante, cap. III.

Cuando se escribe sobre el poder y la libertad es ló-
gico concebir a aquel como un medio y a ésta como un fin; /
la moralidad no se sitúa en el instrumento, sino en el obje-
tivo final, de manera que lo importante es buscar una forma
de asociación en la que el hombre, después de alienar todos
sus derechos, sea sin embargo más libre que antes (138). Y
desde un punto de vista jurídico-político, el enfoque es co-
rrecto : hemos de limitar el poder, sometién-dole al Derecho
etc..., para que su ejercicio no degenera en un abuso con-
tra la libertad de los individuos. Pero, sin negar esta afir-
mación, creemos sin embargo que debe relativizarse, pues en
otro caso la argumentación corre el riesgo de incidir en po-
siciones iusnaturalistas. Si el grado de protección de los
derechos fundamentales se concibe como criterio para juzgar
la eticidad de la asociación política, esos derechos se trans-
forman en leyes de moralidad y se sitúan por encima de la /
sociedad y el Estado. Pero la libertad solo es moralidad en
la medida en que permite al individuo adueñarse de su propio
destino, propiciando la solución del conflicto entre el hom-
bre y el hombre, entre esencia y existencia, entre libertad
y necesidad, etc... (139). Democracia y libertad se sitúan
en una relación dialéctica en la que ambas son medio y fin

(138) Vid. Rousseau, " El Contrato Social ", cit. Libro I,
cap. VI, p. 410.

(139) Vid. Marx, " Manuscritos : economía y filosofía ", /
cit, p. 143.

recíprocamente. Libertad es autoconciencia y autodeterminación individual; democracia es autodeterminación colectiva, pero no del género humano como idea abstracta, sino de los / hombres concretos e históricos.

Así pues, el problema de las formas que adopta la // asociación política constituye algo más que una condición o instrumento para garantizar las libertades . Democracia política, derechos civiles y políticos, democracia social, de de rechos de igualdad representan elementos indispensables e / inseparables de la efectiva apropiación por el hombre de su esencia humana. Solo la democracia integral, cuyo presupues to es, como hemos visto, los derechos fundamentales, puede hacer posible la conversión de la actual sociedad de masas / en una sociedad de hombres libres. Como indica Cerroni (140) " el igualitarismo de la democracia es el único instrumento con que es posible en la actualidad eliminar los privilegios que podrían disponer, gracias al mecanismo de la técnica mo derna, de un poder bastante más grande despótico y represivo de las individualidades que el que poseían en su época / los señores feudales; y la capacidad de autogobierno; con-- trol recíproco e iniciativa que expresa la democracia, es / el único instrumento con que resulta posible impedir que el

(140) " La libertad de los modernos ", cit. p 236.

hombre sucumba bajo el peso del maquinismo, del tecnicismo, de la especialización, aunque poniendo al alcance " de todos " la máquina, la técnica y el adiestramiento profesional, En su más vasta acepción, la democracia es la única esperanza de convertir nuestro planeta en una comunidad humana " .

Seguramente parece ingénuo pensar que ese horizonte utópico puede lograrse solo mediante la adopción de decisiones jurídico políticas, aunque sin duda se percibe una cierta tendencia a juridificar casi todos los fenómenos y actividades humanas. Pero, en cualquier caso, es evidente que / los propósitos de este trabajo se circunscriben al ámbito / del Derecho, de manera que es lícito preguntarse acerca del tipo de organización política que diseña nuestra Constitu--ción y de las finalidades que persigue. En este sentido conviene formular una precisión inicial : la definición polí--tica de España y los valores superiores de su ordenamiento jurídico aparecen en el apartado 1º del artículo 1º de la Constitución, pero ello no quiere decir en modo alguno que hoy nuestra nación sea efectivamente un " Estado social y / democrático de Derecho " ni que el ordenamiento satisfaga en todo caso la libertad, la igualdad, la justicia y el plu--ralismo político. La apreciación es casi una obviedad, pero interesaba realizarla para poner de relieve que el poder, ni

siquiera cuando es constituyente, tiene a su alcance transformar de la noche a la mañana todo el conjunto de normas / jurídicas y, mucho menos, el entramado de relaciones sociales que surgen y se amparan en esas normas. La propia redacción del precepto da idea de ese sentido dinámico y transformador (141), que impide toda interpretación estática y conformista según la cual España y su Derecho son los definidos en el artículo 1^º. La Constitución es en este punto un marco de convivencia que no solo indica hasta donde se / puede llegar por parte del poder, sino también hasta donde debe llegarse. En segundo lugar, queremos advertir también que, en un análisis jurídico riguroso, el significado de las nociones constitucionales no debe obtenerse de los precedentes legislativos, del Derecho comparado o de la opinión de los autores, aunque todo ello tenga un indudable valor exegético, sino de los propios preceptos constitucionales. La libertad o la igualdad en nuestra Constitución no es ni la de los antiguos ni la de los modernos, sino precisamente los valores que resultan de las concretas disposiciones / constitucionales. La voluntad general del pueblo español, en ejercicio de su soberanía o poder constituyente, se expresa en un acto único e indivisible. De ahí que nos parezca absur

(141) Vid. Peces-Barba, " La nueva Constitución española / desde la filosofía del Derecho ", Documentación Administrativa, n^º 180, octubre-diciembre, 1978, p.19 y s.

do buscar residuos iusnaturalistas en los preceptos de la / ley fundamental. Cualquiera que haya sido el propósito del legislador, los valores o conceptos proclamados no van más allá de los procedimientos de organización política o de tu tela de los derechos que se articulan.

Por ello, intentaremos dilucidar seguidamente el sig nificado que en España tiene el Estado social y democrático de Derecho y, muy vinculado con ello, el alcance de los valores superiores de nuestro ordenamiento, que satisfacen una doble función, normativa y de fundamento de los derechos del Título I. Como señalábamos al comienzo de estas páginas, am bas cuestiones resultan inseparables en cuanto que los dere chos fundamentales, sintetizados en los valores que satisfa cen, constituyen el elemento ideológico del Estado de Derecho comprometiendo el sentido o finalidad de los llamados elemen tos instrumentales que garantizan , ante todo y en primer / lugar, que esa finalidad no se obtenga de cualquier manera, sino precisamente en el respeto de la libertad y del pluralismo.

II.- EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

Los derechos fundamentales constituyen, como hemos / tratado de probar, uno de los pilares esenciales del Estado democrático; entre ambos elementos se descubre una relación recíproca, en el sentido de que las libertades no son concebibles bajo cualquier forma política, aunque solo sea porque en su significado originario representan una limitación del poder, y en el sentido también de que la naturaleza y finalidades de la asociación política se pueden definir atendiendo al catálogo de derechos fundamentales protegidos. Ahora/ bien, el problema consiste en dilucidar si esa relación es/ siempre unívoca o, dicho de otra forma, si los derechos humanos satisfacen en todo caso una sola función frente al Estado y la sociedad o si, por el contrario, su papel se transforma al mismo tiempo que lo hace el propio Estado. Es comprensible que los conceptos prestigiosos adquieran una cierta fuerza expansiva, tratándose de acomodar a las nuevas situaciones y, sobre todo, queriendo expresar anhelos y finalidades distintas de aquellas que originalmente les alentaron; sin duda, ello sucede con los derechos fundamentales./ Este fenómeno produce una cierta inflación semántica, los conceptos se utilizan con significados diversos y hasta /// opuestos y, en definitiva, pierden precisión y se tornan ambiguos. Por ello, desde una perspectiva de rigor metódico,

que quisiera conservar el sentido primigenio de los derechos fundamentales, pudiera darse la razón a Forsthoff (142) cuando señala la inoportunidad de toda pretensión que quiera enfocar los derechos fundamentales desde una perspectiva valorativa y funcional que supere los postulados que derivan de la idea liberal sobre las relaciones entre Estado y sociedad. Así pues, cualesquiera que sean las transformaciones / del Estado contemporáneo y las demandas de la sociedad, la categoría jurídica de los derechos humanos debería expresar únicamente la garantía de un ámbito de inmunidad frente a la soberanía o frente al poder del Estado.

No obstante, y prescindiendo de toda consideración sobre la " ideología " del planteamiento de Forsthoff, creo / que el propósito de conservar intacto el significado originario de los conceptos jurídicos obligaría a modificar continuamente el léxico del Derecho, pues la función y utilidad de las instituciones varía con el tiempo y con las latitudes. Por otra parte, al margen de que también el punto de vista comentado supone atribuir a los derechos del hombre /

(142) " El Estado en la sociedad industrial (El modelo de la República Federal de Alemania) ", trad. de L. López Guerra y S. Nicolás Muñoz, Ed. Alemana, 1971, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 249 y s.

una función de positivación de ciertos valores, parece evidente que si las Declaraciones y la filosofía de las libertades del siglo XVIII no pueden prescindir de una determinada concepción del Estado, que cristaliza en el orden jurídico decimonónico, las transformaciones de éste y el propósito / de realizar nuevos valores no pueden tampoco carecer de consecuencias para el sistema de derechos fundamentales del / mundo contemporáneo, tanto desde el punto de vista teleológico del conjunto de valores que quieren tutelar, como desde una perspectiva más jurídica, en relación con las técnicas de protección y garantía. Los derechos fundamentales satisfacen según creemos una pluralidad de funciones y del tema / nos ocuparemos con mayor detenimiento en el Capítulo III, / pero, en coherencia con lo que hemos expuesto, debe ahora / preguntarse acerca de la definición del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho, puesto que, en / primer lugar, esos calificativos se hallan intrínsecamente unidos a un determinado concepto de los derechos fundamentales y, en segundo término, porque esa pluralidad de funciones se explica, a su vez, en el propósito de realizar o positivizar unos ciertos valores a través del Estado social y democrático.

Que España se constituya en un Estado social y democrático de Derecho plantea enormes problemas interpretativos,

no solo porque se trata de nociones acuñadas preferentemente en el ámbito de la Ciencia y de la Filosofía del Derecho y sometidas a una polémica doctrinal e ideológica que se halla lejos de alcanzar un mínimo acuerdo siquiera sea terminológico, sino también porque la fórmula unitaria " Estado social y democrático de Derecho" presenta obstáculos adicionales / que derivan de la pretendida sucesión histórica que para muchos autores supone el Estado democrático en relación con el Estado social. Dos son las cuestiones fundamentales que trataremos de abordar, a saber : el alcance de la definición y su significado.

¿ Qué ha querido decir el legislador constituyente / cuando define a España como un Estado social y democrático de Derecho ?. Según creemos, el artículo en cuestión puede tener un valor descriptivo o prescriptivo. No ponemos en duda su carácter normativo, pues como veremos en el Capítulo II, las normas jurídicas pueden adoptar una expresión lin--guística descriptiva que recuerde las formulaciones de las ciencias naturales; lo que hemos querido preguntarnos es si la expresión comentada se propone informar acerca de lo que es España, de la misma forma que en el artículo 2^a se habla de la Nación Española o en el artículo 5^a se dice que la villa de Madrid es la capital del Estado; o si, por el contrario, tiene una vocación transformadora de la realidad social

y jurídica, de manera que impulsa a la adopción de determinadas medidas o comportamientos sin los cuales no se podría considerar satisfecho el precepto constitucional. También / el artículo 2º o el artículo 5º son normas jurídicas, pero que se agotan en su propia formulación, que describen una / realidad de hecho o de Derecho, sin exigir por si mismas // ninguna conducta particular; España es una Nación y su capital es la villa de Madrid : no son proposiciones de Derecho natural y podría ser de otra forma, pero, mientras no se diga lo contrario, esos artículos describen algo preexistente. Son preceptos que pudiéramos llamar estáticos. En cambio, / que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho es una proposición dinámica, que se proyecta hacia el futuro exigiendo o permitiendo una determinada con--ducta, una cierta acción política. Desde luego, no describe una realidad de hecho, pues por mucha amplitud o flexibilidad que demos a los conceptos, es evidente que hoy España / no es todavía lo que en el lenguaje común de la doctrina se puede entender por Estado social y democrático de Derecho o, al menos, no lo es en sentido pleno y completo. En realidad, la cuestión carece de transcendencia; el artículo 1,1º ha de ser necesariamente prescriptivo, aún cuando aceptásemos que hoy España es un Estado social y democrático de Derecho, es decir, aunque aceptásemos también su carácter descriptivo. Lo que interesa desde una perspectiva jurídica es ante todo la dimensión prescriptiva, lo que la norma manda, prohíbe o

permite, con independencia de que refleje o no una realidad de hecho (143).

En otro orden de cosas, tal vez pudiera decirse que el precepto comentado constituye una descripción jurídica, / es decir, que en esa fórmula se ha tratado de sintetizar el "tipo de Estado" que luego se configura a lo largo de todo el texto fundamental. Esta aproximación nos parece más co--rrecta, pero poco significativa por dos motivos; primero, / porque no parece que la Constitución ofrezca un " tipo de / Estado " nítido, preciso y ortodoxo, sino que más bien, dentro de ciertos límites, deja abiertas las puertas del Derecho a la experiencia histórica de los ciudadanos del presente y del futuro. De ahí que el análisis de la preceptiva / constitucional no arroje demasiada luz en orden a fijar con precisión el concepto de Estado social y democrático de Derecho; en este aspecto, basta con que comparemos el artículo 38 (libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) con el artículo 128 (iniciativa pública en la actividad económica, subordinación de toda la riqueza del //país al interés general) 129 (participación en la empresa,

(143) Vid. sobre esta misma cuestión las consideraciones de E. Díaz, " El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1.978 ", Sistema, núm. 41, marzo 1981, p. 41 y s., en especial p. 72.

seguridad social, etc...) o 131 (planificación). El segundo motivo es que las disposiciones constitucionales que pueden considerarse desarrollo o especificación del Estado social y democrático presentan una característica análoga a / la del artículo 1,1^a, esto es, son normas que ordenan o preferentemente legitiman un cierto comportamiento del Estado o de los grupos sociales, pero que, por ello mismo, no describen la naturaleza y funcionamiento del Estado español real de finales del siglo XX.

Junto a esta función descriptiva o sintética del Estado definido en la Constitución, cuya relevancia se proyecta principalmente en el plano del análisis teórico, la definición de España como un Estado social y democrático de Derecho satisface una indudable función normativa. Ante todo, de norma imperativa, que ordena o prohíbe comportamientos; en este aspecto, tiene un valor análogo al de las llamadas normas programáticas, tema del que nos ocuparemos en el Capítulo II, pero en relación con el cual debe recordarse aquí los términos claros y rotundos de la primera sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 en relación // con un principio general de la organización del Estado plasmado en la Constitución como es el de la autonomía, al que no juzgamos mucho más preciso que el del Estado social y democrático del artículo 1,1^a. Dice dicha sentencia (144) que

(144) Ponente, D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. Boletín Oficial del Estado, de 24 de febrero de 1.981, suplemento al / número 47.

" los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento Jurídico - como afirma el artículo 1,4ª del Título Preliminar del Código Civil - que debe así ser interpretado de / / acuerdo con los mismos ". Pero, junto a este valor hermenéutico generalmente aceptado, el Tribunal Constitucional estima que " es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados / en la Constitución sea irreductible, tales principios, en / cuanto forman parte de la Constitución, participan de la / fuerza derogatoria de la misma ". Este punto de vista es / incluso compartido por la jurisdicción ordinaria y precisamente invocando el Estado social y democrático de Derecho. Así una Sentencia de 26 de enero de 1.979 (145) anulará una sanción administrativa impuesta al amparo de la Ley de Orden Público, no invocando la disposición derogatoria, sino / por estimar que tales sanciones " han quedado desprovistas de toda validez y eficacia jurídicas, pues las mismas respondieron a unos objetivos y legalidad que son incompatibles / con los que constituyen el fundamento de la actual organización jurídico-política del Estado Español, dotado de una // Constitución que lo configura como un Estado social de Derecho basado en principios democráticos, opuestos y superado-

(145) Sala IV del T.S. Ponente, Sr. D. Eugenio Díaz Eimil. Repertorio Aranzadi, nº 61.

res de los que sirvieron de justificación legal a dichas / sanciones " (146). Con todo, debe reconocerse que fórmulas como la comentada despliegan toda su eficacia principalmente en el ámbito de la interpretación jurídica, no solo de / la que realizan los jueces, sino en general todos los órganos constitucionales, incluido el legislativo. Para el Derecho alemán (147) señala Stein (148) que el primer aspecto del principio del Estado social consiste en la " obligación social del Estado " que, a su vez, comprende la obligación de prestar ayuda en las situaciones de necesidad social, la responsabilidad del Estado por la cobertura de las necesidades y, con ello también, por el funcionamiento de la economía en su conjunto. El segundo aspecto del principio sería / la " conexión social de los derechos fundamentales " que impulsaría una igualdad material superadora de la igualdad jurídica y que, en relación con los derechos de libertad, re-

(146) Vid. nuestro comentario sobre dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo con relevancia constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional / (en prensa). Vid también, el comentario de esta sentencia en Torno Más, " Inaplicación de la Ley por los Tribunales Contencioso-Administrativo ", REDA, 22,p. 453, y siguientes.

(147) El art. 20,I de la Ley Fundamental de Bonn dice que " la República Federal de Alemania es un Estado Federal, democrático y social " y el 28,I, que " el orden constitucional de los Lander deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental ".

(148) " Derecho político " (1971), trad. de F. Sainz Moreno, nota preliminar de F. Rubio, Aguilar, Madrid, 1973, / p. 188 y siguientes.

forzaría la protección jurídico - constitucional de los débiles, aminorando la protección de los fuertes. Aunque Stein se refiere únicamente al Estado social y, sin detenernos en el análisis de sus conclusiones que nos parecen discutibles en algún punto, creemos que la doble dimensión apuntada puede ser útil para dilucidar el alcance hermenéutico del Estado social y democrático de Derecho (149). De un lado, se proyecta en los poderes públicos, modulando tanto su organización interna como su comportamiento y responsabilidad y, si bien es cierto que la técnica jurídica no ofrece hoy procedimientos idóneos para fiscalizar la eficacia positiva de / las fórmulas programáticas, es decir, su cumplimiento por el Estado (150), no es menos cierto que existe un control político de las Cortes Generales sobre el Gobierno (art. 66,2ª) y de la opinión pública sobre todos los poderes en general. Por otra parte, el principio del Estado social y democrático de Derecho impone ciertos correctivos a la interpretación / tradicional de los derechos fundamentales, a veces de forma explícita, como sucede con el derecho a la propiedad privada y a la herencia cuya " función social " delimita su contenido de acuerdo con las leyes (artículo 33), y la libertad de

(149) Vid. Garrorena, " El Estado español como Estado social y democrático de Derecho ", Universidad de Murcia, / 1980, p. 66 y s.

(150) Vid. sin embargo, las consideraciones de Schneider, / " Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático ", cit. p. 32.

empresa que deberá acomodarse a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (artículo 38).

Finalmente, estimamos que la función normativa del // principio del Estado social y democrático de Derecho se manifiesta de modo principal en su dimensión de norma que permite mandar, que permite permitir y que permite prohibir (151) es decir, de norma que ofrece cobertura constitucional a // unos determinados comportamientos de los poderes públicos. / Como indicábamos anteriormente, es evidente que hoy España / no es en realidad un Estado social y democrático de Derecho o, al menos, no lo es plenamente, sobre todo si reconocemos al segundo de los calificativos el significado que le otorga un sector doctrinal, que considera el Estado democrático de Derecho como la fórmula política de una sociedad socialista no totalitaria : en consecuencia, y teniendo presente que el

(151) El principio del Estado social y democrático de Derecho, tanto si lo consideramos como norma imperativa como permisiva, se expresa principalmente como norma secundaria. Sin detenernos ahora en la discusión acerca de las normas primarias y secundarias, indiquemos que en este contexto entendemos por norma primaria / aquella que impone o permite directamente un comportamiento, ya sea dirigida a los ciudadanos o a los poderes públicos; por norma secundaria entendemos en cambio, una norma sobre normas o de organización, esto es, que manda, prohíbe o permite, crear una norma sobre / un determinado objeto. Vid. Bobbio. " Normas primarias y normas secundarias " (Rivista di Filosofia, LIX, / nº 1, 1968, p. 35 y s.) en " Contribución a la Teoría del Derecho ", trad. de A. Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980, p. 317 y s.; Gavazzi, "Norme primarie e norme secondarie ", Giappichelli, Torino, 1967.

derecho no ofrece procedimientos eficaces para obligar positivamente al poder, parece cierto que la realización plena / del tipo de Estado propuesto en el artículo 1,1ª requiere / ineludiblemente una voluntad política que actúe y vivifique los elementos que conforman el Estado social y democrático. En realidad, la necesidad de esa voluntad política no deriva solo de las dificultades técnicas que existen para imponer un comportamiento positivo al Estado, sino también de otros motivos más trascendentales. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la definición del artículo 1,1ª no constituye un precepto claro y rotundo, sino que tolera una pluralidad de interpretaciones, todas lícitas en principio, y que exige en todo caso una modulación de su alcance, ponderando cada uno de sus elementos; lógicamente, todo ello debe ser realizado por el legislador y no por los jueces, ya sean / ordinarios o constitucionales, aunque solo sea porque es preciso adoptar una serie de medidas que son de competencia del legislador y cuya ejecución corresponderá normalmente al Gobierno y a la Administración. En segundo lugar, el Derecho no puede ser insensible a la política y a la opinión pública y aunque desde una perspectiva jurídica parezca lícito exigir en nombre de la Constitución que se cumplan todas las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, no / puede olvidarse que alguna de esas exigencias implican modificaciones profundas en el entramado de relaciones sociales y económicas, modificaciones cuya eficacia no puede confiarse al expediente jurídico de su " superioridad constituio--

nal " sino que requiere el consentimiento o aceptación "actual " de los ciudadanos expresado como es lógico a través // del sufragio universal. De ahí la necesidad de una voluntad política que se fije como objetivo la articulación de un Estado como el definido en el artículo 1,1ª, y de ahí también la función legitimadora de ese precepto.

Ahora bien, ¿Cuál es el contenido de esa legitimación ? ¿ En qué consiste el Estado social y democrático de Derecho ? ¿ Deben comprenderse como una fórmula unitaria o como la sucesión de dos tipos de Estado ?. Básicamente, el artículo 1,1ª de la Constitución es de origen socialista / (152), si bien la expresión " Estado social y democrático de Derecho " responde a un acuerdo de la Ponencia, que aceptó, por sugerencia del Sr. Fraga, añadir el calificativo de social (153). A nuestro juicio, la referencia al Estado social no resulta en sí misma perturbadora ni tampoco innecesaria, como luego explicaremos (154), pero al unirse al " Estado // democrático de Derecho " produce una fórmula ambigua, como lo demuestra la constante vacilación en la forma de situar

(152) El artículo 1,1ª del anteproyecto constitucional del PSOE ofrecía el siguiente texto : " España se constituye como un Estado democrático de Derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia en la libertad y la igualdad ".

(153) Vid. Peces-Barba, "La Nueva Constitución Española desde la Filosofía del Derecho ", cit., p. 25.

los calificativos. Originalmente, el borrador del texto constitucional publicado por la prensa hablaba de " Estado democrático y social de Derecho "; en el texto publicado el 5 / de enero de 1.978 se invertía el orden de los términos, de manera que España pasaba a ser un Estado social y democrático. De nuevo se modificaba el orden en la Comisión constitucional del Senado merced a una enmienda del Sr. Cela(155) para llegarse a la ordenación definitiva en el Pleno del Senado (156).

Esta vacilación pone de relieve no tanto una discrepancia sobre lo que se quiere cuanto una falta de acuerdo / sobre el significado de las palabras, que se puede apreciar también en la doctrina. Al margen de la valoración ideológica propia de cada autor, existe una coincidencia fundamental

-
- (154) En contra, Peces-Barba, " La Nueva Constitución Española desde la Filosofía del Derecho ", cit., p.25.
- (155) " España queda constituida en un Estado de Derecho democrático y social... ". Un sentido análogo tenía la enmienda 579 de Justino de Azcarate. Vid. " Constitución Española. Trabajos Parlamentarios ", ed. Preparada por F. Sainz Moreno, Cortes Generales, / 1980, Vol. III, p. 2717, 2909 y 2969 y s.
- (156) Sobre la disyuntiva Estado social y democrático de Derecho- Estado democrático y social de Derecho, / Vid. las interesantes reflexiones de E. Díaz, " El Estado democrático de Derecho en la Constitución / Española ", cit. p. 57 y s.

fundamental acerca de lo que debe entenderse por Estado social de Derecho : es el Welfare State propio de las sociedades industriales modernas o del neocapitalismo, que se responsabiliza por la " procura existencial"(157) y que, en definitiva, interviene en el antaño sacrosanto mundo de los negocios, sobre todo en el proceso de distribución de bienes // (158). En cambio, el sentido del " Estado democrático de Derecho " es mucho más discutible; en primer lugar, en una interpretación literal de las palabras parece que el Estado democrático es aquel que se organiza democráticamente, lo que, en nuestro contexto occidental, equivale a decir que es aquel en el que existen elecciones por sufragio universal. Este parece ser el sentido que tiene la referencia al Estado democrático en los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn (159) y este es también el alcance que conceden al Esta

(157) Vid. Lorenzo Martín Retortillo, " La configuración / jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinvorsorge " RAP, n.º 38, 1962, p. 35 y s.; / García Pelayo " El Estado social y sus implicaciones" cit., p. 26 y s.; Forsthoff, " El Estado de la sociedad industrial ", citado.

(158) En líneas muy generales, estas son las características que la doctrina admite como propias del Estado / social. Vid. solo a título de ejemplo además de las obras citadas en nota anterior, las consideraciones de Elías Díaz, " Estado de Derecho y sociedad democrática " cit., p. 65 y s. y Lucas Verdú, " La lucha por el Estado de Derecho " Publicaciones del Real / Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 96 y s. .

(159) Vid. Stein, " Derecho Político ", cit., p. 31, 39 y s. y 125 y s. Abendroth, " Sobre el concepto de Estado de Derecho... ", cit., p. 268.

do democrático de Derecho en la Constitución española algunos comentaristas recientes (160). Desde esta perspectiva, no puede decirse que el Estado democrático de Derecho se conciba como un tipo de Estado original y distinto al liberal o al social, sino como la síntesis de una serie de características que pueden acompañar y que de hecho acompañan al Estado liberal o social. Si en éste el Parlamento se elige mediante elecciones libres, si se contemplan algunas fórmulas de participación directa como el referendium o la iniciativa popular si, en definitiva, se declara que la soberanía reside en el pueblo, entonces se trata de un Estado democrático / / (161).

Pero, sin duda, otro sector importante de la doctrina ofrece una noción mucho más ambiciosa del Estado democrático

(160) Así por ejemplo, Silvio Basile dirá : " Los Gobiernos tienen una legitimación democrática, esencialmente en base a la elección por sufragio universal ... con participación de una pluralidad de partidos ... Este es el significado de " Estado democrático ". Vid. " Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas " en " La Constitución española de 1978 ". Estudio dirigido por Predieri y García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, p. 257.

(161) Vid. en este sentido Gonzalo, M. " Posición de las Cortes Generales en la Constitución " en " Lecturas sobre la Constitución española " Coordinación de TR. Fernández, UNED, Madrid, 1978, vol. II, p. 649; " / " Constitución española . Edición comentada ", comentario del artículo 1º a cargo del Prof. Sánchez Agesta, CEC, Madrid, 1979, p. 22.

tico de Derecho y, en este aspecto, sirvan de ejemplo las / palabras de Elías Díaz : " El análisis y comprensión de las insuficiencias y contradicciones del sistema económico y / del sistema ideológico derivado del neocapitalismo marca, / puede decirse, el sentido de la superación del Estado social de Derecho : el paso al socialismo será así paralelamente el paso al Estado democrático de Derecho " (162). Este punto / de vista supone ya un cambio cualitativo : lo democrático de ja de ser una característica que acompaña al Estado liberal o social para convertirse en la noción nuclear de un Estado distinto y, lo que es más importante, también de una socie--dad diferente. Surge así un cuadro histórico en el que el Estado liberal de Derecho se corresponde con un capitalismo de competencia, el Estado social expresa las transformaciones / que derivan del neocapitalismo y, por último, el Estado democrático se configura como la forma política del socialismo. Cabe destacar que en este proceso las formaciones económico-sociales constituyen la negación de lo anterior, al menos las dos últimas, mientras que, en cambio, los calificativos que /

(162) " Estado de Derecho y sociedad democrática ", cit. p.89. Por su parte Lucas Verdú dirá que el Estado de mocrático de Derecho " parece ser la combinación de una izquierda liberal socializada y de un socialismo no comunista, pero consciente de las deficiencias / del neocapitalismo que han de modificarse ", " La lucha por el Estado de Derecho ", cit., p. 144.

se añaden al Estado de Derecho asumen y enriquecen los valores propios de la etapa anterior; precisamente por ello para un autor como Peces-Barba " sobraba el término social, comprendido en el término democrático, como etapa posterior en la evolución del Estado de Derecho " (163). Bien puede comprenderse que esta interpretación del Estado democrático de Derecho encuentra su sello ideológico en las corrientes del socialismo no autoritario (164) que quieren ver en él la fórmula política que sirva de marco a la construcción de un socialismo en libertad.

No parece que, a la vista de estas argumentaciones, estamos ya en condiciones de comprender aquella vacilación / de nuestro legislador constituyente, que en modo alguno respondía al capricho de los diputados y senadores, sino más / bien a su formación y procedencia ideológica. El texto inicial que se presentó a la Ponencia por el grupo socialista / hablaba sencillamente de constituir un " Estado democrático de Derecho " en la línea de pensamiento que acabamos de indi

(163) Vid. " La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho ", cit., p. 25.

(164) No deja de ser significativo que el inventor de la fórmula Estado social fuese otro profesor socialdemócrata, Hermann Heller, " Rechtsstaat oder Diktatur ", J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930 .

car; seguidamente, el añadido de social se propuso por un // sector político para quien el concepto de Estado democrático hada tiene que ver con el socialismo, llegándose a una redacción transaccional que presentó la Minoría Vasco-Catalana / (165) y en la que lo democrático precedía a lo social; redacción lógica ya que, desde su perspectiva, el Estado social / constituye una profundización, un avance, que es lógica e // históricamente posterior al Estado democrático, o sea liberal democrático, según hemos indicado al explicar la " primera acepción " del concepto. Las vicisitudes posteriores / dependieron como es lógico de los distintos puntos de vista de los respectivos enmendantes. En cualquier caso, la sucesión de los calificativos que en definitiva se impuso, como hemos visto, no ha logrado traer la unanimidad a la doctrina. Si España se constituyese en un Estado de Derecho, democrático y social, como decía el Informe de la Comisión del Senado, creo que sería razonable inclinarse por la interpretación más modesta, renunciar a la sucesión de Estados - del social al democrático - y desvincular la cuestión del problema de la hipotética construcción del socialismo (166).

(165) Minuta de la Ponencia, 25 de agosto de 1.978, no publicada y que he podido consultar por gentileza del prof. Peces-Barba.

(166) Aunque el tema discutido es muy relevante, no puedo dejar de indicar que las posibilidades de transformación social amparadas por una cierta Constitución dependen, como es obvio, más que de las declaraciones genéricas, de aquellos otros preceptos que articularan derechos, que atribuyen competencias, que abren vías de participación, etc...



Pero la Constitución ha optado por una fórmula que, en principio, admite cualquiera de las dos opiniones señaladas. En este sentido, dice Elías Díaz que " el punto de partida, el Estado real, es el Estado social (neocapitalista) de Derecho, pero la meta a lograr, el Estado posible, podrá ser para la izquierda - dentro siempre de la Constitución - el Estado democrático (socialista) de Derecho " (167). No parece que en una exégesis que quiera ser medianamente respetuosa con los textos podamos compartir las palabras del catedrático de la Universidad Autónoma, porque prescindiendo / ahora del rumbo que pueda seguir la historia, parece que si España se constituye en un Estado social y democrático lo hace de una sola vez y no existe base textual para suponer que la mención del Estado social refleja lo que efectivamente es hoy España, mientras que la referencia al Estado democrático indica una finalidad, un horizonte, que da legitimidad a una determinada acción política. Por el contrario, como vimos en las páginas anteriores, la cláusula comentada puede interpretarse, a nuestro juicio erróneamente, como una descripción de la España real o, según creemos más acertado, como una // cobertura constitucional para hacer que España sea efectiva-

(167) Intervención en las jornadas que, sobre la Constitución española, organizó la Scuola di Perfezionamento in Scienze Amministrative, " La Costituzione Spagnola nell trentennale della Costituzione italiana ", A. Forni, Editore, Bologna, 1978, p. 168.

mente un Estado social y democrático, de acuerdo con los procedimientos y técnicas que articula la propia Constitución. Pero, en cualquier caso, estimamos que lo social y lo democrático siguen la misma suerte, precisamente porque el texto no distingue, aunque pudo hacerlo (168).

No se trata pues, como insiste Elías Díaz en su crítica a Garrorena (169), de que la Constitución no pueda hacer referencia a posibles realidades futuras, a horizontes / utópicos; no solo puede, sino que el propio artículo primero es un buen ejemplo de ello cuando propugna como valores superiores de nuestro ordenamiento la libertad, la igualdad, / el pluralismo político y la justicia. Tampoco negamos la sucesión de Estados, en el sentido de que a mi juicio la Constitución autoriza la evolución hacia una sociedad y un Estado de socialismo no autoritario, como veremos más adelante. Lo único que sucede es que en una interpretación jurídica, o sea, en el plano de la pura exégesis, no creo que exista

(168) Vid. Las consideraciones de Pérez-Luño, " Estado de Derecho y derechos fundamentales ", cit., p. 161. y s.

(169) " El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978 ", cit. p. 67.

base textual para separar en el tiempo el elemento social y el democrático, suponiendo que hoy España es un Estado social y que mañana puede ser un Estado democrático de Derecho. Dentro de algunos años o décadas, al estudiar el Estado y la sociedad españoles, podrá tal vez constatarse que reúnen los elementos que hoy consideramos típicos del Estado democrático de Derecho, pero ésta será ya una perspectiva distinta. En el análisis jurídico, mientras la Constitución no se modifique, España será siempre un Estado social y democrático de Derecho y ello nos obliga a buscar una noción integradora que no prescinda de ninguno de los calificativos, pero que también supere la relativa perplejidad que produce su unión; perplejidad que en lo esencial no deriva de lo social y de lo democrático estrictamente considerados, sino de que suponemos que detrás del Estado social se halla el neocapitalismo, mientras que el Estado democrático lo hemos concebido como la forma de organización política del socialismo no autoritario.

En el fondo, me parece que estamos ante un cierto confusionismo terminológico no exento de dogmatismo doctrinal. La noción de Estado social puede tener sus orígenes en la doctrina cristiana de finales de siglo (170) o tal vez sea/

(170) Vid. Lenner " Lo Stato sociale contemporaneo ", La civiltà católica, Roma, 1966.

más adecuado buscarlos en Lorenz von Stein (171), sin olvidar probablemente la contribución de algunos socialistas del siglo XIX; en cualquier caso, la preocupación por la " cuestión social " cuenta con los más heterogéneos antecedentes / ideológicos (172). Sin embargo, como dijimos antes, el concepto de Estado social de Derecho es acuñado por Heller en 1930 y es a partir de entonces cuando adquiere los rasgos / que hoy generalmente se le reconocen, aunque lógicamente to avía no se hablase de él como del Estado del neocapitalismo ni mereciese ningún juicio negativo, al menos desde posi ciones socialdemócratas. Es más, si bien debemos decir con Giannini (173) que sobre el contenido del Estado social de / Derecho se han vertido opiniones no siempre coincidentes, es preciso recordar que, antes de comprobar su insuficiente e incluso después , algunos autores vieron en él la fórmula / política que podía impulsar una transformación en sentido / socialista. García Pelayo, en su inteligente estudio sobre el tema, recordara que el Estado social de Derecho puede // significar una " corrección no superficial, sino de fondo; no factorial (parcial) sino sistemática (total) del sta tu quo, cuyo efecto acumulativo conduce a una estructura y

(171) Vid. García- Pelayo, " El Estado social y sus implicaciones ", cit., p. 14 y s.

(172) Vid. las interesantes páginas de Garrorena sobre esta cuestión, " El Estado español como Estado social y de mocrático de Derecho " cit., p. 21 y s.

(173) " Stato sociale : una nozione inutile " en Scritti in onore di Constantino Mortati, Giuffrè, vol I, p. 138 y s.

estratificación sociales nuevas, y concretamente hacia un / socialismo democrático " y más adelante puntualizará que el Estado social tiene como supuesto la democracia política, " pero se caracteriza, además, por su tendencia hacia la // instauración de la democracia social, cuyas formas capitales son la democracia económica y la democracia empresarial" (174). Abendroth, por su parte, estima que el principio del Estado democrático y social vincula tres elementos intelectuales en una sola unidad, de manera que se convierten en / momentos de dicha unidad, " los cuales se interpenetran y no son ya accesibles a una interpretación aisladora ", pero añade seguidamente que las dificultades aparecen con el momento de la estatalidad social, " pues los momentos de la estatalidad jurídica y democrática aparecen a // primera vista bastante aclarados " (175). Para Abendroth, el ímpetu transformador de la Constitución alemana, el fundamento del principio de igualdad, y, en definitiva, el abandono de la fé en la justicia immanente del orden económico existente, debe buscarse en esa dimensión social del Estado de Derecho, más que en la democrática, aún cuando insiste y tra

(174) " El Estado social y sus implicaciones ", cit., p.23 y 50.

(175) " Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social ", cit., p. 267 y 268. .

ta de sacar conclusiones de esta interpretación integradora que supone una profundización en la democracia.

Estas consideraciones ponen de relieve por de pronto que la constitucionalización del Estado social no tiene por qué interpretarse como una consagración del Estado neocapitalista, cuyas características ya conocemos, sino que puede entenderse en un sentido mucho más positivo, no muy diferente a lo que, por ejemplo, Elías Díaz entiende por Estado democrático de Derecho. Nuestra reflexión pretende dilucidar el sentido del artículo 1,1ª de la Constitución, pero teniendo en cuenta que ésta contiene un reclamo explícito a no ciones académicas y profesoraes, es necesario constatar la diversidad de significados y valoraciones que sugieren en / la doctrina los conceptos de Estado social y de Estado democrático de Derecho. Para unos el Estado democrático es sencillamente el Estado occidental en el que se respetan las / reglas del juego, mientras que otros lo ofrecen como alter nativa de modificación profunda a la sociedad capitalista; según algunos autores, el Estado social alude a un tipo de sociedad " no progresista " propia del mundo industrializado, mientras que otros ven en él un germen de transformaciones socialistas. Por mi parte, creo que la identificación / entre Estado social y neocapitalismo es justa, en el senti-

do de que dicho fenómeno es constatable (176), pero no porque lo que genéricamente pudiéramos llamar intervencionismo se corresponda "naturalmente" con el capitalismo del siglo XX, sino porque la gigantesca maquinaria estatal no se ha puesto al servicio de otros postulados e intereses; de nuevo, pues, el problema de los sujetos históricos. Sobre el / tema insistiremos más adelante.

Indica con razón Lucas Verdú (177) que el Estado democrático de Derecho es una " construcción académica, inteligentemente elaborada, entre nosotros, por el profesor /// Elías Díaz ". Como ya sabemos, desde esa perspectiva se concibe una sucesión de " Estados " que se corresponde con diferentes modos o fases de relaciones económicas y sociales; del Estado liberal de Derecho del capitalismo de competencia al Estado social del neocapitalismo y de éste al Estado democrático de Derecho del socialismo. Pero se trata de una sucesión integradora, de manera que el Estado social, y en esto se distingue del Estado paternalista, asume el sistema de libertades y de garantías institucionales del Estado de

(176) Vid. Díaz, E., " El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1.978 ", cit., p. 58 y s.

(177) " La lucha por el Estado de Derecho ", cit. p. 145

Derecho y, a su vez, el Estado democrático asume las características del social, aunque eso sí, dándolas un sentido y finalidad diferentes. En consecuencia, en la interpretación del artículo 1,1ª o bien se estima que el calificativo " social " sobraba, como dice Peces - Barba, o bien se supone / que del Estado real (social) propio de una sociedad industrializada se puede acceder a un Estado democrático propio / del socialismo.

La transformación que el Estado social representa en la función del viejo Derecho liberal aparece relativamente claras. Al no creer en el equilibrio y justicia inmanente / del orden económico, al intervenir en el mundo de los negocios, el Estado social deja de ser un Estado abstencionista y se convierte en partícipe activo procurando un "bienestar social ", planificando la economía y regulando el proceso de distribución de bienes. Se produce entonces una cierta socialización del Estado y también una estatalización de la sociedad, perdiendo radicalidad aquella antigua escisión entre Estado y sociedad civil. Estos son los que pudiéramos / denominar elementos instrumentales del Estado social del Derecho de los que, a nuestro juicio, no se puede prescindir en el mundo contemporáneo. Ahora bien, ¿ Para qué interviene el Estado ? ¿ En qué sentido se socializa ? . Es aquí, /

sin duda, donde aparece el elemento valorativo y, por consiguiente, donde incide la crítica; el Estado social de Derecho es el Estado del neocapitalismo e incluso se afirma que todas las transformaciones que el mismo representa no son / más que modos autoreglativos del capital, empeñado en garrantizar su perpetuación, o sea, " garantizar la reproducción de la hegemonía de clase y de la dominación del conjunto de la burguesía sobre las masas populares " (178).

Creo que esta distinción entre elementos instrumentales y contenido ideológico del Estado de Derecho, que ya / apuntamos en relación con el Estado liberal, puede tener también una cierta utilidad en esta sede. La función del Derecho liberal, concretada en " medidas a largo plazo referentes a casos todavía desconocidos y carentes de referencias a personas, lugares u objetos particulares " (179), que contemplan a las personas como iguales portadores de mercancías, satisface por sí misma una finalidad ideológica; en cierto modo, el Derecho meramente garantizador y represivo supone /

(178) Poulantzas, " Estado, poder y socialismo ", cit. p. 225.

(179) Vid. Hayek, F.A. " Los fundamentos de la libertad " (University of Chicago, 1959), trad. de J.V. Torrente, Unión editorial, 3^a ed., 1978.

aceptar como " buenas " las leyes del mercado, lo que implica un juicio, que es lógicamente un juicio ideológico, sobre las condiciones económicas y sociales existentes. Sin embargo, las transformaciones que propicia el Estado social mediante la prestación de bienes y servicios, la planificación, etc... (180), no nos informan todavía, a nuestro juicio, del sentido o finalidad de las mismas, es decir, del que pudiéramos llamar " contenido ético " del Estado social. La / conclusión parece importante porque nos permite vincular el Estado social de Derecho a lo que razonablemente debe vincularse, esto es, a sus elementos constitutivos, y no a un tipo de sociedad (capitalista, socialista), determinada. Los elementos que se resumen en el Estado social no son, pues, / necesariamente el soporte político jurídico del neocapitalismo, y de la misma forma que hoy se acepta pacíficamente, al menos en el pensamiento socialista no autoritario, que el principio de legalidad, las garantías del proceso y la / libre expresión de las ideas no constituyen la sustancia / del Estado capitalista sino más bien su accidente (181) y /

(180) Más adelante, en el Capítulo II, nos ocuparemos de las consecuencias de todo ello en el principio de legalidad y en el sistema de garantías propias del Estado / de Derecho.

(181) Ya hemos indicado que el propio impulso de esos factores podía haber conducido a la transformación de las propias relaciones económico- sociales del capitalismo; lo que explicaría, por otra parte, su propia evolución hacia fórmulas más intervencionistas.

que resultan necesarias incluso en el Estado democrático de Derecho; de la misma forma, los elementos instrumentales del Estado social pueden ponerse al servicio de algo que no sea la perpetuación del sistema económico en esta fase de las so ciedades altamente desarrolladas. Mejor dicho, estimamos que si el Estado democrático no asume esas funciones no podrá / convertirse en la formación jurídico-política del socialis mo, como quiere la corriente de pensamiento señalada; y / esas funciones son las propias del Estado social. En otras palabras, si aceptamos que el Estado democrático asume las funciones nacidas en el Estado social, aunque dándolas un / sentido diferente ¿ Qué dificultades existen para la mención específica del elemento social ?, ¿ Tal vez sus connotacio-- nes ideológicas ?. Pero ¿ acaso el constitucionalismo y los derechos del hombre no evocan también la sociedad liberal ca pitalista y no precisamente en su forma más "civilizada" ?. Salvo que se proponga una sociedad autogestionaria de demo- cracia directa que prescinda del Estado, es evidente que és te, aunque se organice democráticamente, comprenderá los / elementos propios del Estado de Derecho y del Estado social. Pero si la " fórmula-alternativa " contiene una alusión ex- presa a la realidad originaria del Estado de Derecho, que se supera, pero que no se niega ¿ por qué rechazar un Estado so cial que se asume en la misma medida ?.

De ahí que la dimensión ideológica del Estado social

sea un problema de sujetos históricos, de voluntad política más que de métodos jurídicos; ello explica, por ejemplo, que la protección de los elementos propios del Estado de Derecho de origen liberal parezca menos difícil y que, en cierto modo, resulte ajena a la voluntad o intenciones de los gobernantes. Cualquiera que sea el partido que obtenga la mayoría parlamentaria deberá respetar esas garantías del Estado de Derecho, precisamente porque la Constitución ofrece vigorosos procedimientos de tutela (182). El principio de legalidad, / las libertades públicas, los derechos de seguridad jurídica, etc..., no son elementos " formales ", en el sentido despectivo que adopta la expresión en algunos círculos de pensamiento, pero es indudable que inciden principalmente en el cómo se manda, en los procedimientos que regulan la sociedad política, y en general satisfacen los mismos valores cualquiera que sea el titular del gobierno, es decir, la mayoría. En / cambio, la intervención de los poderes públicos en el sistema de distribución o incluso de producción de bienes, la / planificación de la economía y la prestación de ciertos servicios son elementos que, de por sí, no satisfacen ninguna finalidad a priori. Es necesario conocer para qué se interviene, con qué objeto se planifica y qué sentido tienen las prestaciones, y ese conocimiento exige saber quién es el ti

(182) Naturalmente, siempre partimos de la base de que el poder se someta a la Constitución.

tular actual del poder, lo que es algo relativamente secundario cuando nos referimos a las garantías del Estado liberal de Derecho. No procede discutir ahora si el " bienestar social " es un repliegue táctico y más o menos premeditado de los sectores hegemónicos para perpetuar su dominio o si, por el contrario, constituye una conquista de la clase trabajadora en su proceso de emancipación, pero en lo que tienen toda la razón Elías Díaz y Peces-Barba, es en que ese bienestar, acompañado de todos los elementos antes enunciados, no se ha dirigido en un sentido verdaderamente humanista de emancipación. El Estado social, acuñado por Heller, y en el que la socialdemocracia depositó más de una esperanza, ha propiciado en este punto una legión de esclavos felices, no ha suprimido la desigualdad, y, como contrapartida, ha hecho tambalearse en ocasiones la libertad y la seguridad jurídica del original Estado de Derecho (183). Pero ello no puede interpretarse en modo alguno como la vinculación necesaria entre Estado social y neocapitalismo. Los elementos propios de aquél resultan, a nuestro juicio, imprescindibles para la satisfacción de un concepto de igualdad sustancial, a no ser que abogemos, lo que nadie propone, por la desaparición

(183) Las consecuencias del Estado social del neocapitalismo están perfectamente resumidas en la tan citada monografía de Elías Díaz, p. 72 y s.

actual del Estado y su sustitución por pequeñas unidades au
togestionarias. Sin duda, será necesaria una voluntad polí-
tica distinta que oriente la planificación y el bienestar /
en un sentido de verdadera socialización, para lo cual resul-
tan a su vez irrenunciables la democracia política y las li-
bertades y derechos fundamentales.

En realidad, esta conclusión no es negada por quie--
nes piensan que el Estado democrático de Derecho representa
la superación del Estado social, pero, desde el punto de vis-
ta de la exégesis constitucional, que es lo que ahora nos /
interesa principalmente, parece cierto que la sola mención
del Estado democrático de Derecho tal vez hubiera sido sufi-
ciente ya que nada garantiza una interpretación como la indi-
cada, es decir, que comprenda también las características /
del Estado social. En cierto modo, creemos que en esta co--
rriente del socialismo jurídico español se subraya con exce-
sivo rigor la vinculación entre los diversos tipos de Esta-
do y las correspondientes relaciones económico-sociales, /
apreciaciones que dicho sea de paso carecen de consecuencias
jurídicas; pero en el fondo esa forma de acentuar dicha vin-
culación es puramente semántica porque, después de rechazar
el Estado social como propio del neocapitalismo, se asumen
sus elementos principales en el Proyecto de Estado democrá-
tico.

Es más, desde el punto de vista de la organización jurídico - política y de las funciones del Derecho, ¿ Existen verdaderas diferencias de fondo ?, ¿ El Estado democrático de Derecho realiza alguna aportación fundamental en es te orden ?, ¿ Constituye una alternativa diferenciada al Es tado social de Derecho ?. Nos inclinamos por una respuesta negativa : existe mucha mayor distancia entre el neocapitalismo y el socialismo que entre el Estado social y el Estado democrático de Derecho. No queremos decir con ello que el / principio del Estado democrático no añada nada nuevo; todo lo contrario, resulta tan importante para la consecución de ese horizonte utópico antes enunciado que propiamente no ca be hablar de un " añadido ", de un plus cuantitativo, sino / que debe suponer una verdadera transformación cualitativa. / Lo que sucede es que, en principio, dicha transformación no opera de modo fundamental sobre el Estado, es decir, sobre / el plano de la organización jurídico-política, sino de la pro pia sociedad. Como ya hemos tenido oportunidad de decir, hoy el Estado constituye tal vez el ámbito de decisión más demo crática de cuantas puedan hallarse; por supuesto, resulta sus ceptible de perfeccionamiento, haciendo más fieles los sistemas de representación, no fomentando la aparición de oligarquías en el seno de partidos y sindicatos, ensayando nuevas formas de participación, descentralizando las competencias en uni-- dades menores (184), etc.. Pero, en cualquier caso, el Es-

(184) Como señala con acierto Peces-Barba, el principio de autonomía de las entidades territoriales (municipios,

tado democrático de Derecho, por paradójico que parezca, no se proyecta principalmente sobre el Estado, que sigue siendo social de Derecho, sino más bien sobre el entramado de / relaciones económicas, sociales y culturales; la sociedad / democrática, indica Elías Díaz (185) " es aquella capaz de lograr una efectiva incorporación de los hombres de todos los hombres, en los mecanismos de control de las decisiones y una real participación de los mismos en los rendimientos de la producción ". Con todas las cautelas exigibles para / hacer afirmaciones de esta naturaleza, puede estimarse que si el Estado social, cualquiera que fuese su sentido ideológico, logró difuminar la antigua frontera entre Estado y sociedad civil, el Estado democrático se endereza a cancelar la no menor separación entre Estado representativo y Estado Administración. La práctica del Estado social en el seno del neocapitalista ha tenido la virtud de demostrar que es posible planificar e intervenir en el mundo de los nego-

provincias y Comunidades Autónomas) no solo satisface una aspiración regionalista o nacionalista sino que ofrece también un aspecto de democratización de la organización estatal al acercar los centros de / decisión a los ciudadanos. Vid. " La Constitución Española de 1.978. Un estudio de Derecho y Política ", (Con la colaboración de Luis Prieto). F. Torres. / Valencia, 1981, p. 172, y s.

(185) " Estado de Derecho y sociedad democrática ", cit. p. 98.

cios sin sacrificar en lo esencial los valores del viejo Estado de Derecho (186), lo que, junto a la constatación del grado de poder real y agresividad de numerosas entidades / " privadas " sobre todo en el plano internacional, ha hecho decrecer muy considerablemente el antiguo temor a las inteferecias públicas, por lo general más objetivas y fiscalizables.

Probablemente, la garantía de los derechos fundamentales requiere una reforma del Estado (187), pero me parece que reivindicando más las virtudes del viejo Estado liberal de Derecho que incidiendo en su democratización. En la literatura sobre " Le declin du Droit " (188) existe una gran /

(186) Una opinión contraria se sostiene desde posturas liberales como la de Hayek. Vid. "Los fundamentos de la libertad ", cit. y " Camino de servidumbre ", cit.

(187) Cuando se escribe sobre democracia se alude generalmente al Estado representación y no al Estado Administración. Con óptica liberal desmentida por los hechos, de la Administración se espera solo, lo que no es poco, su sometimiento a la ley a través de la fiscalización por órganos jurisdiccionales. Ello era suficiente cuando aquella se limitaba a ejecutar, pero la multiplicación de sus funciones requiere que, sin renunciar a ello, se ensayen fórmulas de participación democrática que, dentro de lo que permita la complejidad de la moderna Administración, la asemejen a los modos del Estado representación. Vid. sobre el tema, Sánchez Morón, " La participación del ciudadano en la Administración pública ", C.E.C., Madrid, 1980.

(188) Vid. Ripert, " Le declin du Droit ", L.G.D.J., París, 1949. De esta cuestión nos ocuparemos con más detenimiento en el Capítulo II.

parte de verdad y hoy, modernizando a Rousseau, tal vez deba decirse que el reto consiste en lograr una forma de asociación en la que, tras lograr la igualdad sustancial y extendiendo la participación más allá de las fronteras del Estado, el hombre recobra una libertad e igualdad "formales", / una certeza y seguridad jurídica superior a la que tenía en el estado de naturaleza, pues estado de naturaleza, pero en sentido hobbesiano, parece la sociedad civil del capitalismo. En definitiva, y sin perjuicio de que pueda perfeccionarse la democracia dentro del Estado, debe estimarse que el / proyectado " Estado democrático de Derecho " no representa en lo sustancial un nuevo " tipo de Estado ", no transforma la organización jurídico-política. Salvo que nos situemos en posiciones utópicas que, como ya criticamos, pueden conducir en el mejor de los casos, a la ineficacia cuando no al despotismo de una minoría, que, por cierto, es lo que ha sucedido siempre que se quiere prescindir de la democracia representativa y de las libertades formales; el socialismo, por supuesto en su versión democrática, no ofrece una nueva forma de Estado, sino más bien una orientación distinta de la política y, sobre todo, un nuevo modo de concebir la dimensión económica, social, y, cultural. Garantías institucionales, derechos fundamentales, intervención en el proceso de distribución de bienes, prestación de servicios, planificación, etc. no constituyen una aportación u originalidad del Estado democrático de Derecho.

No procede extenderse aquí en el estudio de las exigencias del Estado democrático de Derecho en el ámbito de las / relaciones sociales que, como decimos, es áquel en el que produce la verdadera transformación de fondo, pero pueden resumirse en la adquisición por el individuo y por los grupos de un derecho de autodeterminación democrática, esto es, de participación en las decisiones que a todos conciernen, de acuerdo con el ámbito del problema o cuestión debatida. Ahora bien, sucede que, precisamente por influencia del Estado social, hoy esas relaciones sociales son en muchos casos funciones públicas, y de ahí que la aportación principal del Estado democrático de Derecho en el plano del propio Estado haya de consistir en la democratización de las funciones incorporadas por / el Estado social y que, en gran parte realizadas y hasta concebidas por la Administración, se desarrollan en unos ámbitos de inmunidad impensables en el seno de las funciones tradicionales de garantía y represión custodiadas de modo fundamental por el Estado representación. El problema político / aquí enunciado tendrá su traducción jurídica en el Capítulo II cuando nos refiramos a las exigencias del principio de / legalidad y de una concepción moderna de la reserva de ley, que hoy no puede limitarse a la tradicional tutela de la libertad y de la propiedad; porque, en definitiva, las consecuencias de la fórmula del Estado democrático de Derecho en el marco del Estado Administración no se pueden entender de forma simplista, readicalizando el principio participativo

hasta el punto de hacer ciudadanos- funcionarios (189), sino logrando el efectivo sometimiento a la ley de todas las las funciones creadas al amparo del Estado social de Derecho, / pues sin excluir el ensayo prudente de fórmulas participa--tivas, el sometimiento a la ley, a una ley que no sea una / pura habilitación genérica, equivale a introducir un principio democrático en el ámbito de la compleja y potentísima / Administración moderna, ya que la ley resulta ser la expresión de la voluntad general. De esta forma, la incidencia / del Estado democrático sobre las funciones del Estado social se traduce, en definitiva, en una consecuente reivindicación de los elementos y garantías propios del Estado de Derecho. Ello, por otra parte, nos confirma en la idea ya enunciada / de que en sentido propio lo que se entiende por Estado democrático de Derecho no constituye una alternativa global al Estado social ni ofrece elementos o funciones radicalmente nuevas; su aportación fundamental, por el contrario, consiste en llevar al ámbito de las relaciones sociales una característica propia de ese mundo de racionalización y universalización que es el Estado , a saber : la democracia. Con // ello se quiere dar respuesta a una crítica explicada en el epígrafe anterior; lo que Marx rechaza en la " Cuestión ju-

(189) Vid. Bobbio, " ¿Qué alternativas a la democracia re-presentativa ?", cit., p. 90 y s.

día " o en la " Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel " no eran los derechos fundamentales o la democracia, sino el hecho de que frente al hombre libre en cuanto que ciudadano u hombre abstracto se alzaba su específico sometimiento social como individuo histórico, concreto. El Estado democrático de Derecho pretende, en consecuencia, llevar hasta el final ese reencuentro entre el hombre y el ciudadano, entre Estado y sociedad civil, pero no asfixiando en la estatalidad toda manifestación del individuo o de los grupos; sino llevando a todos los ámbitos el principio de la autodeterminación, esto es, de la libertad.

Pero es evidente que dicho proyecto se resuelve en un problema de voluntad política colectiva, que ha de actuar / simultáneamente desde los aparatos de Estado (Parlamento, / Administración, etc...) y desde la propia sociedad, no como entidad abstracta, sino como conjunto de núcleos y ámbitos / de decisión económica, cultural, etc... Ahora bien, en la dimensión que aquí nos interesa de modo preferente, la de la / definición del Estado, creemos que dicho proyecto ha de asumir en lo fundamental los elementos característicos del Estado social de Derecho; se planificará la economía, se aumentarán las prestaciones sociales, etc..., no para perpetuar el neocapitalismo, sino, como dice el artículo 9,2ª de nuestra Constitución, con el objetivo de " promover las condiciones

para que la libertad y la igualdad del individuo y de los / grupos en que se integra sean reales y efectivas' remover / los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida po- / lítica, económica, cultural y social "; todo ello, como es / lógico, desde la autodeterminación democrática del pueblo..

Así pues, no creo que la constitucionalización del / Estado social de Derecho junto al democrático resulte ino-- / portuna. Ante todo porque, como indicamos, existe una interpretación más literal del Estado democrático, que sigue los pasos de la Ley Fundamental de Bonn, según la cual aquél // queda circunscrito a la simple democracia política o representativa, y lógicamente en el plano jurídico es preferible la mención específica que confiar en que la interpretación / se ajustará a un determinado punto de vista, aunque a noso- / tros nos parezca el más correcto. En segundo lugar, y más / importante, porque Estado social y democrático despliegan sus consecuencias en planos distintos; áquel, en sus elementos instrumentales, supone en síntesis socialización del Estado y estatalización de la sociedad. El Estado democrático alude, en cambio, a un determinado modo de adoptar las decisiones colectivas que , por su novedad fuera del Estado, incide principalmente en el ámbito de las relaciones económi- / cas, sociales y culturales. La mención del Estado social no

es supérflua porque el Estado democrático no se configura / como alternativa, sino en todo caso como profundización. El Estado democrático es sin duda una alternativa pero principalmente no a la organización jurídico-política del Estado social, que se concibe ya como democrática, sino al entramado de relaciones económicas, sociales y culturales propias del neocapitalismo. Lo que quiere transformar el Estado democrático no es principalmente el Estado, sino la sociedad. Finalmente, la referencia conjunta al Estado social y democrático de Derecho no es inoportuna porque permite una interpretación conjunta de la fórmula que enriquece el sentido / de cada uno de los elementos aisladamente considerados (190). Ya hemos dicho en este aspecto que al democratizar el Estado no se modifica sustancialmente la representación política, que es democrática, sino que se expresa en el plano social, de las funciones asumidas en el marco del Estado social, que, de un lado, se abren a una mayor participación y, de otro, perfeccionan sus técnicas de sometimiento a la ley, manifestación democrática de la voluntad general.

Tras estas consideraciones, estamos ya en situación de aventurar una opinión acerca del contenido y de la función de la definición política de España : " se constituye

(190) Vid. Garrorena, " El Estado español como Estado social y democrático de Derecho ", cit., p. 151 y s.

en un Estado social y democrático de Derecho ". Desde nuestro punto de vista, se trata de un marco legitimador que / ofrece cobertura constitucional a una acción política orientada hacia los dos valores superiores de nuestro ordenamiento : La libertad y la igualdad. Se trata, además de una fórmula sintética que resume las posibilidades del orden jurídico-político, tal y como aparece configurado a lo largo / de todo el articulado constitucional. En parte, los elementos que integran dicha fórmula son elementos actualmente obligatorios, ya sea en la forma más vigorosa de derechos fundamentales (por ejemplo, libertad de expresión, derecho a la educación), ya sea como pautas de actuación a las que deben someterse los poderes públicos, fiscalizables, por ejemplo, mediante el recurso de inconstitucionalidad. En parte, finalmente, el Estado social y democrático de Derecho comprende / elementos no inmediatamente exigibles, sino que requiere el concurso de una voluntad política que les articule y que se expresan en normas que permiten permitir, que permiten mandar o que permiten prohibir. Propiamente, los elementos de esta última categoría son los que ofrecen el marco legitimador de una política de transformaciones, pues el resto, más que legitimar una actuación, lo que hacen es convertirla en obligatoria.

Sin ánimo exhaustivo, procuraremos ahora indicar cuáles son los elementos de ese Estado social y democrático de

Derecho recogidos o que es posible deducir del texto constitucional, si bien, como veremos con mayor detenimiento al / trazar la clasificación de los Derechos Fundamentales, no / siempre resulta sencillo adscribir un cierto elemento a la categoría Estado de Derecho, Estado social o Estado demo---crático, ya que los diversos criterios no ofrecen siempre / resultados coincidentes; así, por ejemplo, el derecho de / asociación se puede vincular al Estado de Derecho e incluso en su modo de ejercicio se acomoda al esquema típico de los derechos de autonomía, pero históricamente no puede hacerse derivar del pensamiento liberal, opuesto primero a toda forma de mediación entre el individuo y el Estado y temeroso / más tarde del asociacionismo de clase. Por otra parte, la fórmula unitaria del artículo 1,1ª no representa una sim--ple enumeración de calificativos, sino que en su conjunto / enriquece cada uno de los elementos; ya hemos aludido a la importante consecuencia de comprender lo democrático no solo desde la óptica de la representación política, sino también de las funciones incorporadas por el Estado social. Así también la consecuente rehabilitación del principio de soberanía popular modifica por completo el sentido del principio de legalidad y del sometimiento del poder al Derecho, excluyendo toda pretendida " autolimitación " y fortaleciendo la relación entre Derecho y Poder (191), en este caso un poder

(191) Vid. Peces-Barba, " Reflexiones sobre Derecho y Poder " en " Libertad, Poder, Socialismo ", Civitas, Madrid, 1978, p. 219 y s.

que descansa en la soberanía del pueblo y que cristaliza en forma de poder constituyente (192).

La fórmula del Estado social y democrático de Derecho resume sin duda el tipo de organización jurídico-política / establecida por el texto constitucional a lo largo de su articulado (193) y, aunque en esta sede no es procedente la exposición detallada de sus elementos, resulta al menos conveniente su enumeración, ya que el marco político representa, junto con las condiciones económicas, sociales y culturales, lo que el profesor Peces-Barba denomina " garantías generales de los Derechos Fundamentales " (194), presupuestos estructurales imprescindibles para la existencia de estos Derechos. La relación entre Estado de Derecho y Derechos fundamentales fué ya señalada; aquél incorpora entre sus elementos la protección de las libertades en el marco de una / organización jurídico-política que precisamente se justifica en el logro de esa protección. A su vez los derechos fundamentales representan el elemento finalista o teleológico del propio Estado de Derecho y, por ello , resultan esenciales a

(192) Vid. sobre ello más adelante, en el Capítulo II, las consideraciones sobre la Constitución como fuente del Derecho.

(193) Incluso algunos autores, con una estimable novedad metodológica en el Derecho Político, exponen el régimen / constitucional español siguiendo el esquema trazado / por el artículo 1,1^a. Vid. De Esteban, López Guerra, con la colaboración de García Morillo y Pérez Tremps, " El régimen constitucional español ", vol. I, Labor, Barcelona, 1980.

la hora de determinar su contenido ideológico.

Respecto de los rasgos caracterizadores del Estado de Derecho, creemos que sigue siendo válida la exposición de / Elías Díaz (195) : imperio de la ley, como expresión de la / voluntad general, separación de poderes, legalidad de la Ad ministración y tutela de un catálogo de Derechos Fundamenta les. Como ya sabemos, el Estado de Derecho es una forma de organización del poder de acuerdo con ciertas reglas, pero en modo alguno puede reducirse a un conjunto de orientacio- nes técnicas capaces de realizar cualquier clase de interés e ideología. Al igual que todo Estado moderno, el Estado de Derecho es un Estado de Leyes, pero si se redujese a esto / bien podríamos prescindir del concepto (196); solo cuando el Estado de Derecho incorpora un conjunto de valores o crite- rios de legitimidad, que definen el sentido del poder polí- tico y de sus funciones, adquiere esta noción una verdadera utilidad. Tiene razón Baratta (197) al decir que el Estado

(194) " Derechos Fundamentales ", 3^a ed., Ed. Latina, Madrid 1980, p. 169 y s.

(195) Vid. " Estado de Derecho y sociedad democrática ", cit. p. 18 y s.

(196) En la segunda edición de la Teoría Pura Kelsen recono ce que la expresión Estado de Derecho se utiliza para designar un tipo de Estado particular, que responde a los postulados de la democracia y la seguridad jurí- dica. Vid. " Théorie pure du Droit ", cit., p. 411.

de Derecho no es solo lo que ha sido en el contexto político (de la formación del Reich alemán) en el que surgió y ejerció una función determinada como ideología jurídica, " sino / también un " mito " que, con independencia de tal función originaria, ha transformado y continúa haciéndolo el "estado de cosas " en el " Estado " o Estado de Derecho ". Sin duda, puede hablarse de un " genio expansivo del Estado de Derecho " (198), de un propósito permanente de juridificación de todas las decisiones y ámbitos de poder. Pero aún en su sentido primigenio, y formulando cuantas reservas se quiera a la noción de soberanía vigente en la monarquía constitucional alemana, la noción del Estado de Derecho se proponía resolver // el gran problema del sometimiento del poder al Derecho, pero, y esto es importante, desde el primer momento se supuso que

(197) " El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual ", trad. de M. Barbero, Revista 7 Sistema, nº 17-18, abril 1977, p. 15.

(198) Aunque en el plano más jurídico de la interpretación jurisprudencial del principio de igualdad y de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Lorenzo Martín Retortillo habla con razón del "genio expansivo del Estado de Derecho " para referirse a la posibilidad de obtener tutela jurisdiccional frente a todo agravio que cause a un particular la acción administrativa, / aún cuando el interés no aparezca en forma de derecho subjetivo, pues en otro caso ya no estaríamos ante // un Estado de Derecho " completo ". Vid. Sentencia de 27 de enero de 1965 (Aranzadi 217) y su comentario en R. A. P. nº 47 1965, p. 183 y s.

ese Derecho habría de ser " externo " al poder, es decir, que en ningún caso se trataba de que el príncipe obedeciese la / ley, siendo al mismo tiempo dueño y señor de su elaboración. El sistema de legitimidad dual, al que se halla íntimamente vinculado en su origen el Estado de Derecho, supone el emplazamiento del Ejecutivo dentro de la estructura constitucional. Se refleja en la contraposición de Estado (es decir, Ejecutivo) y sociedad, y en su correspondencia jurídica, la teoría del espacio interior estatal jurídicamente vacío, y de la esfera exterior perteneciente al Derecho (199). El Derecho monopoliza lo que pudiéramos llamar " esfera externa " y se concreta en la tradicional reserva de ley en favor de la propiedad y libertad; el poder ejecutivo, que prácticamente se identifica con el Estado, goza de un espacio interior jurídicamente vacío, pero " ad extra " aparece sometido al Derecho, un Derecho que resulta en principio exterior al Estado (ejecutivo) y que se propone tutelar la esfera de libre desenvolvimiento individual de los ciudadanos. Probablemente, la más acabada formulación teórica de este sistema fuese la doctri

(199) Vid. para una comprensión de la estructura constitucional de la Monarquía constitucional en Alemania y de su evolución, Jesch, D., " Ley y Administración . Estudio de la evolución del principio de legalidad", trad. de M. Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 96 y siguientes.

na subjetivista alemana de la autolimitación del Estado (200), pero en cualquier caso es necesario reafirmar aquí que, ni en su origen ni mucho menos en su evolución posterior, puede concebirse al Estado de Derecho como un simple Estado de leyes; el Derecho de que se habla es siempre externo al poder (201) y en principio no persigue el bienestar o felicidad de los ciudadanos, sino garantizar su libertad en un orden jurídico que realice la coexistencia de las libertades de todos. De ahí que los derechos fundamentales representen el elemento finalista del Estado de Derecho (202); el sometimiento de la

-
- (200) Vid. Jellinek, " Teoría General del Estado ", trad. de F. de los Ríos, 2ª edición, Albatros, Buenos Aires, 1978, en especial, p. 327 y .

Son interesantes aún las palabras críticas de Duguit " La doctrina subjetivista alemana " en " El pragmatismo jurídico ", F. Beltrán, Madrid, 1924, p. 83 y s.

- (201) En realidad, mientras no se formula de forma rigurosa el principio de soberanía popular y, consiguientemente, la fuerza normativa inmediata de la Constitución, ese sometimiento es parcial pues solo afecta a los órganos estatales inferiores. Por ello, originalmente el Estado de Derecho supone más bien el sometimiento del Ejecutivo y solo en su dimensión externa, es decir, / frente a la sociedad civil. Lo que sucede es que en la Monarquía constitucional el Ejecutivo se identifica / con el Estado y goza de una legitimidad originaria. Más tarde esta contradicción tratará de resolverse, a nuestro juicio de forma insatisfactoria, por la doctrina de la autolimitación del Estado.

- (202) Entrena Cuesta, " Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho ", R.A.P., nº 33, 1960, p. 31 y s. distingue entre el elemento político - la tutela de / la libertad individual - y el jurídico, constituido por los correspondientes institutos jurídicos. Vid. también Lucas Verdú, " La lucha por el Estado de Derecho ", cit., p. 39 y s. y 142 y s.; Pérez Luño, // " Estado de Derecho y derechos fundamentales ", cit. p. 164.

Administración a la ley conlleva la garantía de un ámbito de inmunidad individual, precisamente porque la ley se concibe al servicio de la libertad. El comercio y la industria, la agricultura y las costumbres domésticas se organizan en lo / esencial por sí mismas, según dice Ihering; y por ello el De recho será " el conjunto de las condiciones de vida de la so ciudad, en el sentido más amplio de la palabra, asegurado me d iante la coacción externa por el poder público " (203).

Pues bien, puede decirse que nuestra Constitución no incorpora una noción fraudulenta de Estado de Derecho. Los / elementos que aseguran el sometimiento del poder al Derecho aparecen enunciados con el suficiente vigor jurídico como // para garantizar la consecución del fin propuesto, es decir, la exclusión de la arbitrariedad y la tutela de un ámbito de libertad y seguridad jurídica. Ante todo, el principio de / constitucionalidad (204), que implica no solo la tradicional sujeción del ejecutivo, sino también de todos los órganos / del Estado y sujetos privados, incluido el poder legislativo, y que se expresa claramente en el artículo 9,1ª (" Los ciu-
dadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitu--

(203) " El fin en el Derecho ", trad. de D. Abad de Santi-
llán, Ed. Cajica, Puebla, México, 1961, p. 83 y 364.

(204) Vid. De Esteban, López Guerra, " El régimen constitu-
cional español " cit., p. 118 y s.

ción y al resto del ordenamiento jurídico "), en el artículo 53,1ª y 3ª, que constituye una especificación del mandato general en relación con los derechos fundamentales, en el artículo 97, relativo a la potestad reglamentaria, en la disposición derogatoria tercera, etc... En segundo lugar, el // principio de legalidad se configura también con amplitud e / intensidad (205) y así, junto a la genérica reserva de intervención (artículo 53,1ª), recordada en el artículo 25 desde la perspectiva penal y en el 133 como principio de legalidad tributaria, aparecen otras muchas reservas de ley a lo / largo del texto constitucional, revistiendo particular importancia por el poder y funciones acaparados por la Administración la que figura en los artículos 97 y 103. Finalmente, / dentro de este mismo capítulo de la sujeción del Estado al Derecho, deben incluirse los principios del artículo 9,3ª : jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Su constitucionalización en el Título Preliminar nos parece un acierto por su importancia intrínseca y, sobre todo, porque despeja el problema de su valor jurídico, incluido en la polémica más amplia entre positivismo y iusnaturalismo (206).

(205) Vid. más adelante Capítulo II.

(206) Vid. Peces-Barba, " La nueva Constitución española / desde la Filosofía del Derecho ", cit., p. 33, G. Carrión "Principios jurídicos y positivismo jurídico", A. Perrot, Buenos Aires, 1970.

Por otra parte, tales principios constituyen elementos esenciales del Estado de Derecho en cuanto que garantizan la distribución de poderes y funciones, la certeza del Derecho, la seguridad jurídica y, en definitiva, la juridificación del / poder.

Naturalmente, todos estos principios de subordinación al Derecho serían de escasa utilidad si no se concretasen en procedimientos de fiscalización jurisdiccional. En este aspecto, la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico se hallan tutelados por el poder judicial (Título VI) a // quien corresponde " el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar / lo juzgado " (artículo 117,3ª). Dentro de este capítulo cabe incluir las condiciones del órgano jurisdiccional que garantizan la independencia e imparcialidad de Jueces y Tribunales (artículo 117,1ª y 2ª) el carácter exclusivo y excluyente de la función (artículo 117, 3ª y 4ª), la unidad jurisdiccional (artículo 117,5ª) y el derecho a la jurisdicción, enunciado con carácter general en el artículo 24 y especificado en relación con los derechos fundamentales en el artículo 53,2ª, etc... (207). Como luego veremos, la jurisdic-

(207) Vid. sobre este tema, Peces-Barba, " Derecho fundamentales ", cit., p. 181 y s. y 235 y s.

ción ordinaria es juez de la legalidad en todo caso y, en particular, el artículo 106, 1ª recuerda que " Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa "; el artículo 53,2ª prevé un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad dirigido a la tutela de la igualdad jurídica (artículo 14) y de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (208); el artículo 24, 2ª garantiza el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; el 25,3ª prohíbe a la Administración imponer sanciones que impliquen privación de libertad; el 26 prohíbe los Tribunales de Honor, etc. Pero además, la jurisdicción ordinaria es juez de la constitucionalidad en determinados casos; ante todo, en relación con la legislación anterior a diciembre de 1978 (209) y, en segundo lugar, en todos aquellos supuestos en que la aplicación de la Constitución al caso debatido no suponga contradicción con una norma de rango legal; en tal supuesto, el // único juez de la constitucionalidad es precisamente el Tribu

(208) Este es el llamado amparo judicial, provisionalmente regulado en la Ley de 26 de diciembre de 1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

(209) Ello no excluye la competencia del Tribunal Constitucional también en estos casos, según ha declarado en su primera sentencia de 2 de febrero de 1981, con un voto particular en contra del Magistrado Rubio Llorente. Vid. nuestra Introducción a los tres recursos de inconstitucionalidad en Revista de la Facultad de Derecho, nº 59, p. 201 y s.

nal Constitucional (Título X). A este corresponde también el conocimiento de los recursos de amparo por violación de / los derechos fundamentales referidos en el artículo 53,2ª // (210).

El segundo de los elementos constitutivo del Estado de Derecho es la separación de poderes, orientada, como se / sabe, a evitar el despotismo asegurando un sistema de "pesos y contrapesos ". No es momento de narrar la evolución de este principio que encontraría mayor éxito en la doctrina y // práctica francesas (211), pero debe constatar que hoy se / interpreta de modo muy diferente a como lo hicieron los revolucionarios; en este aspecto debe tenerse en cuenta que hoy el ejecutivo goza de una legitimidad democrática de segundo grado y que, por otra parte, como señala Kelsen, la distinción entre creación y aplicación del Derecho tiene solamente un carácter relativo (212). El Gobierno detenta una potestad reglamentaria (artículo 96), aunque lógicamente sometida

(210) Vid. García Ruiz, " El recurso de amparo en el Derecho español ", Ed. Nacional, Madrid, 1980. Sobre todas estas cuestiones vid. Peces-Barba, " La Constitución española de 1978 ". Un estudio de Derecho y Política " (con la colaboración de Luis Prieto), cit., y la bibliografía allí recogida.

(211) Sobre este tema son muy interesantes las consideraciones de García de Enterría en " Revolución Francesa y Administración contemporánea " Taurus, Madrid, 1972, en especial, p. 40 y s.

a la ley, que goza de preferencia y primariedad. Las Cortes Generales, a su vez, no solo son titulares de la potestad legislativa, sino que además " controlan la acción del Gobierno". Esta superioridad del Parlamento, que se manifiesta principalmente en la investidura (artículo 99) y en la moción de confianza (artículo 113), es solo relativa porque en la práctica es el Gobierno quien, a través de su Grupo Parlamentario, dirige el trabajo de las Cortes Generales. A nuestro juicio, la separación de poderes conserva toda su importancia en relación con el poder judicial (213) y, en este aspecto, la Constitución ofrece una normativa satisfactoria ya que, como indicamos, configura la potestad jurisdiccional como única, exclusiva y excluyente, garantizando las condiciones de independencia de los jueces; y porque además establece un órgano de gobierno (El Consejo General del Poder Judicial) que asume buena parte de las competencias que en esta materia tenía anteriormente el Ministro de Justicia. En cualquier caso, tiene razón J. de Esteban al afirmar que el principio de separación de poderes ha sufrido cierta desvir-

(212) Vid. la posición de Kelsen sobre el problema en "Teoría General del Derecho y del Estado", trad. de García Maynez, UNAM, México, 1979, p. 318 y s.

(213) " Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el Juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor ", Montesquieu, " Del espíritu de las leyes", trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, Libro XI, Capítulo VI, p. 151.

tuación (214).

La característica principal del Estado de Derecho es su pretensión de ordenar jurídicamente toda clase de decisiones políticas; de ahí que la previsión de un sistema de reforma constitucional constituya un elemento esencial del Estado de Derecho, pues ofrece un cauce para modificar pacíficamente las cláusulas constitucionales y, por tanto, es un intento de excluir la revolución. En la Constitución cristaliza la voluntad general expresada en forma de poder constituyente, pero, como ya señalase Rousseau (215), la voluntad general no es estática, sino dinámica, por lo que su decisión no puede comprometer el futuro. El Título X de la Constitución, que con acierto no incluye ninguna cláusula de intangibilidad, responde, a nuestro juicio, a un propósito de integración de todos los ciudadanos y de todos los grupos sociales, a quienes se ofrece la posibilidad de modificar la propia Constitución dentro del marco jurídico. En último término, el consenso no se establece sobre el contenido de /

(214) Vid. J. de Esteban, López Guerra, " El régimen constitucional español ", cit., p. 116. Vid. también una crítica a la " anticuada teoría " de la separación / de poderes en Loewenstein, " Teoría de la Constitución ", trad. de Gallego Anabitarte de la 2ª edición alemana de 1969, Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1976, p. / 54 y s.

(215) Vid. Rousseau, " Contrato Social ", cit., Libro II, Cap. I, p. 421.

las normas, sino sobre las "reglas del juego " que señalan el modo de creación, modificación y extinción de las normas jurídicas, incluso de las fundamentales.

El Estado de Derecho es ante todo, como acabamos de ver, una forma de organización de la sociedad política; pero comprende además un último elemento que no se refiere a las instituciones, sino a los ciudadanos. Los derechos fundamentales representan, si no la característica más importante del Estado de Derecho, sí al menos la que se define su finalidad y en cuya consecución se justifican todos los demás elementos que hemos llamado instrumentales por referirse a la forma de organización del poder. El Estado de Derecho se propone dar / solución al problema fundamental que ya se plantease el contrato social, esto es, encontrar una forma de asociación que defienda y proteja la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual, cada uno, uniéndose a los demás, no obedezca sin embargo más que así mismo y quede tan libre como antes (216). El ideal de la libertad se erige así en el nexo de unión entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Aquel se organiza precisamente con la finalidad de hacer del hombre un ser libre y, a su vez, los derechos fundamentales constituyen la articulación jurídica de la libertad. El Estado de Derecho no evoca lo que se ha llamado /

(216) Vid. Rousseau, " El Contrato Social ", cit., Libro I Capítulo VI, p.410.

una teoría naturalista de la política (217), sino que explícitamente se presenta como un Estado ético; las técnicas de organización del Estado no persiguen, como en Maquiavelo, la mejor forma de adquirir, conservar y acrecentar el poder del príncipe, ni tampoco cifran su bondad en el logro de la máxima eficacia (218), sino que se enderezan a la consecución / del máximo grado de libertad posible. El Derecho se concibe como instrumento de libertad : primero, porque garantiza la seguridad y la paz, evitando que, con el imperio de las pasiones, triunfe la ley del más fuerte, ya que, como es sabido " las leyes naturales callan en el Estado de naturaleza " (219); y, segundo, porque, como decía Ihering (220), el Esta

-
- (217) De "concepción naturalista de la política" califica Truyol y Serra de actitud metódica de Maquiavelo, / " Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", vol. II, Revista de Occidente, Madrid, 1975, p. 12 / Naturalmente, el Estado de Derecho no es una teoría sobre el Estado, sino una propuesta o proyecto que / lleva implícita la realización de determinados valores.
- (218) El logro de la máxima eficacia como objetivo del Estado debe conectarse con la que se ha llamado ideología del fin de las ideologías. Vid. la obra de Bell con ese título en Tecnos, Madrid, 1964. Es también / muy interesante la obra de García-Pelayo " Burocracia y Tecnocracia ", Alianza Universidad, Madrid, 1974. Un crítica bien fundamentada a esta ideología típica del Estado social en Elías Díaz, " Estado de Derecho y sociedad democrática ", cit., p. 75 y s. con indicaciones bibliográficas.
- (219) Nos referimos obviamente a la concepción hobbesiana del estado de naturaleza, que supone la aceptación / del Estado como un bien en sí mismo. Vid. "Leviatán" ed. de Moya y Escohotado, Ed. Nacional, Madrid, 1979 cap. XIII y XVII, p.222 y s. y 263 y s. Vid. también "Del ciudadano", trad. de Catrysse, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, cap. V, p.118.

do no tiene por fin organizar el comercio, la industria o las costumbres domésticas, que se organizan por sí solas, sino / asegurar el orden que se han dado a sí mismos contra toda le si ón, esto es, garantizar que la libertad del arbitrio de ca da uno pueda conciliarse con la libertad de todos, según una ley general (221).

En resumen, esta finalidad es la que trata de satisfacerse mediante la organización jurídico-política conocida como Estado de Derecho. Frente a la arbitrariedad del despotismo y frente a la asfixia de la sociedad civil por el Esta do paternal, el Estado liberal de Derecho expresa su confian za en las posibilidades del hombre libre de toda atadura política y de las propias relaciones económicas, sociales y / culturales, capaces de autoregularse y de alcanzar un óptimo de justicia a través de la libre concurrencia de los individuos. De ahí la preocupación por limitar el poder, dividiendo su ejercicio, sometiéndolo a reglas generales y abstractas, "referentes a casos todavía desconocidos y carentes de referencias a personas, lugares u objetos particulares"(222).

(220) " El fin en el Derecho ", cit., p.83.

(221) Vid. Kant, " Introducción a la Teoría del Derecho", / trad. de F. González Vicen, C.E.C., reimpresión 1978, p.80 y s.

(222) Hayek, " Los fundamentos de la libertad ", cit. p.290

Bien puede afirmarse que todos los elementos que acabamos de enunciar en las páginas anteriores pretenden asegurar esos / grandes valores de la sociedad moderna que son la libertad, la igualdad jurídica, la certeza del Derecho, la exclusión / de la arbitrariedad, etc...; valores que se articulan jurídicamente en los derechos fundamentales y que han trascendido del mundo de creencias e intereses a los que originalmente sirvieron, de manera que, enriquecidos por el componente social y democrático, se presentan hoy como elementos irrenunciables para completar la emancipación política con la / emancipación humana, como ya explicamos en el epígrafe anterior.

En cualquier caso, a la vista de los elementos constitutivos del Estado de Derecho, parece cierto que no todos los derechos fundamentales recogidos en el Título I pueden / considerarse como característicos de dicho Estado; en otras palabras, que no todos los derechos fundamentales han de surgir como una consecuencia " natural " de la realización práctica de las reglas y procedimientos del Estado de Derecho. / Al igual que muchos derechos subjetivos, los derechos fundamentales se suelen configurar como derechos - reflejos (223),

(223) Vid. Sobre ello más adelante Capítulo III.

razón por la cual el catálogo de libertades propias del Estado de Derecho puede hacerse derivar del conjunto de obligaciones asumidas por la organización estatal. En este sentido, únicamente los derechos que garantizan la libertad individual y la seguridad jurídica de las personas deben adscribirse a la fórmula " Estado de Derecho ", la mayor parte de los cuales aparecen tutelados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I : derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15); libertad de conciencia, religiosa y de cultos / / (artículo 16); derecho a la libertad y seguridad personales (artículo 17); derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18,1ª); inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia (artículo 18,2ª y 3ª); libertad de residencia y de circulación / (artículo 19); libertad de expresión (artículo 20); reunión (artículo 21) y asociación (artículo 22); derecho a la jurisdicción (artículo 24); libertad de enseñanza (artículo 27); derecho a la libre sindicación (artículo 28) (224). Asimismo, cabe incluir en este capítulo varios derechos de la Sección 2ª del Capítulo II, en particular el derecho a la propiedad privada (artículo 33) y la libertad /

(224) Como ya sabemos, ni el derecho de asociación ni el de sindicación fueron originalmente tutelados por el régimen liberal, pero ello derivaba de limitaciones o prohibiciones expresas y no de que el ejercicio de esos derechos supusiese una alteración en el sistema jurídico vigente.

de empresa (artículo 38), aunque lo cierto es que tales de
rechos aparecen fuertemente corregidos y limitados por el //
componente social y democrático del Estado de Derecho (225).

En realidad, este último fenómeno no se manifiesta /
solo en aquellos elementos que, como la propiedad privada o
la libertad de industria y comercio, pudieran ser especial--
mente polémicos o cuestionados desde perspectivas ideológi--
cas distintas a la liberal. Por el contrario, el principio /
social no solo añade funciones y valores nuevos al Estado de
Derecho, sino que modifica el sentido de muchas reglas y pro-
cedimientos del viejo Estado liberal. Piénsese, por ejemplo,
en los problemas que presenta la aplicación del principio de
legalidad al sistema de prestaciones de bienes y servicios
en su incidencia en el régimen de separación de poderes, //
etc... (226). Y, piénsese, sobre todo, en las implicaciones
que presenta el elemento social en el ámbito de numerosas li-
bertades; en unos casos, corrigiendo o limitando su ejercicio
como sucede con la propiedad privada, y en otros supuestos /

(225) Vid. sobre este tema el trabajo de García Pelayo, /
" Consideraciones sobre las cláusulas económicas de
la Constitución ", en " Estudios sobre la Constitu-
ción española de 1978 ", edición preparada por M. /
Ramírez, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 27 y s.

(226) Vid. más adelante el Capítulo II.

haciendo real el goce de determinados derechos abstractamente formulados, pero cuyo ejercicio aparece condicionado por las posibilidades económicas, como la asistencia letrada de oficio o el derecho a la educación.

No obstante, centrándonos en lo que son características peculiares del Estado social de Derecho, cabe acudir de nuevo a la distinción entre elementos instrumentales y teleológicos, es decir, entre aquellos que aluden a la organización política o a las funciones del Derecho y aquellos otros que se refieren a las personas y que se concretan en la categoría de los derechos sociales. En este aspecto, no creemos que tenga razón Forsthoff (227), y desde luego no la tiene a la luz de nuestra Constitución, cuando afirma que el principio del Estado social supone un simple programa de actuación para los órganos del Estado sin que ello represente su concreción en un catálogo de derechos sociales exigibles y sin que modifique de modo importante la naturaleza del Estado de Derecho. Por el contrario, el Estado social comprende en nuestra Constitución reglas permisivas, que toleran una acción política orientada hacia la socialización, pero también integra normas obligatorias que se expresan en forma de

(227) " El Estado en la sociedad industrial ",cit. p.249 y s.

prestaciones positivas de bienes o servicios; en el Estado / social se incluyen principios rectores de la política social y económica, no inmediatamente exigibles en forma de derechos subjetivos , lo que por cierto no supone falta de obligatoriedad para los poderes públicos, pero se incluyen también derechos sociales que gozan del más vigoroso sistema de tutela previsto en la Constitución para las libertades públicas.

Ante todo, el Estado social aparece en la proclamación del principio de igualdad sustancial (artículo 9^a,2^a), que representa un compromiso por parte de los poderes públicos para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (228), lo que supone reconocer / que las condiciones que " naturalmente " surgen de las relaciones económicas constituyen un obstáculo material al efectivo disfrute de la libertad abstractamente formulada en favor de todos los ciudadanos. De ahí que nuestra Constitución tolere la intervención del Estado en el mundo de los negocios, con lo cual, por otra parte, no hace más que constatar algo que ya es habitual en el sistema neocapitalista. En este aspecto, el artículo 40,1^a establece que " los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso /

(228) Vid. sobre el tema el último epígrafe de este capítulo.

social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa ", ello equivale a reconocer que dicha distribución no es suficientemente equitativa y, sobre / todo, que a los poderes públicos corresponde intervenir en este ámbito.

Particular relevancia tienen los cuatro primeros preceptos del Título VII (" Economía y Hacienda "). El artículo 28,1ª declara que " toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general ", lo que debe ponerse en conexión con los límites explícitos a la propiedad privada y a la libertad de empresa. El número segundo del mismo artículo ofrece coherencia constitucional a la iniciativa pública en la actividad económica, que no puede entenderse como simple concurrentia con la iniciativa privada, ya que, de un lado, " mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio " y, de otra parte, se admite la intervención de empresas cuando así lo / exija el interés general. La intervención del Estado en el mundo de la economía se ve confirmada en el artículo 130, que atribuye a los poderes públicos la función de modernizar y desarrollar todos los sectores económicos y en particular algunos que se estiman especialmente necesitados. Ahora bien, / ello no se hace en vista de una mayor eficacia o de la obtención de beneficios superiores, sino precisamente con el "fín

de equiparar el nivel de vida de todos los españoles ". Finalmente, el artículo 131 autoriza al Estado para que, mediante ley, planifique la actividad económica general con el fin de " atender a las necesidades colectivas, equilibrar y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más // justa distribución ".

La intervención directa en la economía se ve completada por la constitucionalización de un conjunto de derechos / sociales, que se caracterizan precisamente porque la obligación jurídica que generan es de naturaleza positiva y se concreta en la prestación de bienes o servicios. Sin ánimo exhaustivo, son derechos sociales el derecho a la educación (artículo 27), al trabajo (artículo 35), a las prestaciones // de la Seguridad Social (artículo 41), a la protección de / salud (artículo 43). a la cultura (artículo 44), a una / vivienda digna (artículo 47), etc... La mayor parte adoptan la forma de principios rectores de la política social y económica y su exigibilidad como derechos subjetivos requiere / la previa mediación legal. En todo caso, y sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, dichos principios tienen un valor interpretativo, una eficacia restrictiva y una eficacia habilitadora (229). No obstante, debe recordarse que

(229) Vid. J. de Esteban, López Guerra, " El régimen constitucional español ", cit., p. 345.

el derecho a la educación goza de tutela plena a través del recurso de amparo judicial y constitucional (artículo 53,2ª) lo que prueba que la " técnica jurídica " no opone obstáculos insuperables a la protección de esta clase de derechos fundamentales.

En síntesis, el Estado social es un " Estado regulador ", que no concibe al empresario y al trabajador como sujetos iguales portadores de mercancías, por lo que su libertad contractual se ve fuertemente limitada por el Derecho // necesario; ante todo, a través de los convenios colectivos, a los que se reconoce carácter vinculante (artículo 37) y, en segundo lugar, mediante la previsión en la Constitución y en la ley, de condiciones mínimas de trabajo (artículo 35, 1ª y 40, 2ª). El Estado social es también un " Estado benefactor ", es decir, obligado a realizar determinadas prestaciones sociales, enunciadas casi todas en la Constitución, / pero que obtienen generalmente su fuerza vinculante de las correspondientes leyes de desarrollo. El Estado social se // configura, en tercer lugar, como Estado " manager " que orienta la actividad económica a través de la planificación y de la política tributaria y de gasto público. Mediante la ordenación de los tributos y del presupuesto el Estado social / puede ser contemplado asimismo como un Estado distribuidor. Finalmente, el Estado social es un " Estado patrón " en cuan

to goza de iniciativa económica en los términos amplios establecidos en el artículo 128 (230).

Salvo alguna excepción ya señalada, lo que caracteriza a los elementos constitutivos del Estado social es que en lo fundamental son normas permisivas o habilitantes, que requieren la mediación de una voluntad política que las lleve a la práctica. La segunda característica es que la mera / utilización de los dispositivos de intervención económica / contemplados en el Título VII no nos informa todavía de las finalidades u objetivos ideológicos perseguidos. La planificación o incluso la iniciativa pública son instrumentos habituales en el Estado del neocapitalismo y su utilización / puede ponerse al servicio de la propia perpetuación del sistema. En este sentido, es preciso recordar ideas ya enunciadas : el Estado reproduce en su seno los conflictos que se / desarrollan en la sociedad civil y, en el mundo occidental / industrializado, es una pieza más en ciertas ocasiones del / engranaje del sistema económico, etc... Esa voluntad política es también necesaria en relación con los derechos sociales, en la medida en que la mayor parte de ellos obtienen su tutela de la ley; una ley que no solo establece los procedimientos de garantía, sino también la propia intensidad y amplitud del derecho subjetivo.

(230) Vid. sobre todas estas dimensiones del Estado social de Derecho, García-Pelayo, " El Estado social y sus

Ahora bien, supuesta una voluntad política, nacida / lógicamente de la autodeterminación democrática del pueblo, que no se halle comprometida con la conservación del sistema de relaciones económicas, sociales y culturales heredado / de la etapa anterior, creemos que la Constitución española / no solo no pone obstáculos, sino que incluso impulsa la transformación social en profundidad. Numerosos preceptos ofrecen cobertura constitucional y frente a ellos no puede alzarse / ni la propiedad privada ni la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, limitadas por su " función social ", en el primer caso, y por las exigencias de la economía general y de la planificación en el segundo. Por lo demás, " la economía de mercado " aparece limitada también por su propia ambigüedad (231). En definitiva, la efectiva protección de los derechos sociales, que pueden articularse con tanta generosidad como se quiera, y las habilitaciones para interferir en el mundo de los negocios, son los dos elementos de que disponen los poderes públicos para remover los obstá-

implicaciones ", cit.; es interesante también el trabajo de López Guerra, " Las dimensiones del Estado / Derecho " en Revista Sistema, nº 38-39, octubre de / 1980, p. 171 y s.

(231) Vid. García-Pelayo, " Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución ", cit., p. 39 y s.

culos materiales que impiden el real disfrute de las libertades enunciadas para todos por igual, pero que precisamente / por esas condiciones de desigualdad sustancial no pueden ser disfrutadas igualmente por todos. Con ello, el Estado habrá cumplido con su parte en la tarea de ampliar la emancipación política en emancipación humana.

Pero este resultado no puede ser obra del Estado únicamente; es decir, que no basta con ofrecer el más generoso sistema de prestaciones sociales ni con racionalizar los / procesos económicos al servicio de los intereses generales. Teóricamente, eso puede realizarse también en un Estado despótico de corte paternal. Se precisa en consecuencia el principio democrático, pero que ahora se manifestará no solo en el seno de la organización jurídico-política, sino también / en el ámbito de las relaciones sociales. Existe una relación dialéctica entre el elemento social y el democrático. Las // prestaciones y la racionalización de los fenómenos económicos y sociales pueden ponerse al servicio, como ya sabemos, de la perpetuación del sistema de dominación social de una / minoría, elevando a la categoría de valor el principio de / eficacia que deriva de la ideología del fin de las ideologías; pero también este proceso de socialización del Estado puede recibir el impulso de una voluntad política que lo oriente / hacia la consecución de aquel objetivo que, para decirlo con una terminología que ha conocido, se concreta en la "inde--

pendencia ", esto es, en la progresiva desaparición de los /
lazos de dependencia personal que impedían, según Kant, el /
ejercicio de los derechos políticos. Ahora bien, para que /
ello suceda es necesario que las funciones del Estado social
sean dirigidas por la voluntad de la mayoría de los ciudada-
nos o, dicho de otra forma, que esa " voluntad política " /
no se someta a los intereses de un grupo u oligarquía hegemó-
nica, cualquiera que sea su naturaleza. De ahí que la demo--
cracia política, que se proyecta sobre el Estado, sea una //
condición de la democracia social, cuya realización no pue--
de prescindir del impulso de las nuevas funciones estatales
incorporadas por el Estado social de Derecho. Y, a su vez, /
la mayor independencia obtenida por los individuos en el ámbi-
to económico, social y cultural facilita su autodeterminación,
es decir, la determinación autónoma o no condicionada social-
mente de todas sus decisiones, tanto en el plano individual
como colectivo.

Ya hemos mostrado nuestra falta de fé en los ensayos
democratizadores del propio Estado que quieren ofrecer una /
alternativa global a las fórmulas representativas. En las so-
ciedades altamente desarrolladas y complejas ello conduciría
en el mejor de los casos a un imposible organizativo que di-
vidiría el Estado y con ello la racionalización y universali-
zación que éste aporta y que es garantía de igualdad; y en /

el peor de los supuestos, la democracia de los soviets conduce, malgre lui, a la tiranía de un grupo de iluminados, interpretados auténticos de la voluntad general. Por ello, decíamos antes, que el Estado democrático de Derecho concebido como Proyecto de futuro no incide principalmente en el ámbito del Estado, sino de la Sociedad. Sin duda, cabe democratizar el Estado, pero no mediante fórmulas nuevas y originales que sustituyan de raíz las ya conocidas, sino perfeccionando éstas; reformando los sistemas electorales, olvidando el viejo jacobinismo centralista, propiciando unidades menores de decisión política, etc... Y, sobre todo, democratizar el Estado requiere llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de sometimiento del poder (Órganos del Estado) al Derecho, expresión de la autodeterminación democrática del pueblo. En este sentido, la " alternativa " del Estado democrático de Derecho, se resuelve en una reivindicación consecuente de las reglas del viejo Estado de Derecho : que ninguna / decisión política, aunque se recubra con el ropaje de la técnica, pueda escapar al control del Derecho, democráticamente legitimado, y en especial de la Constitución. Si vinculamos el Estado democrático de Derecho al socialismo, como efectivamente se hace desde algunas posiciones doctrinales, hemos de reconocer que ese socialismo no aporta ningún modelo de Estado y de Derecho sustancialmente distinto, sino que asume y en todo caso perfecciona las reglas del Estado social de Derecho, profundizando en las nuevas funciones incorporadas

por el principio social y recuperando los valores de seguridad jurídica del viejo Estado liberal que fueron puestos en peligro por el propio Estado social. Según creemos, la verdadera aportación del Estado democrático de Derecho se concreta en la extensión de la democracia más allá de las fronteras / del Estado, esto es, en la democratización de la sociedad, / sin perjuicio naturalmente de mejorar la democracia política.

En consecuencia, el desarrollo del principio del Estado democrático de Derecho en nuestra Constitución debe buscarse en las diversas manifestaciones de la participación, que/ si en ocasiones pueden calificarse de tímidas, incluso desde la perspectiva del Estado de Derecho, en otros supuestos, se muestran firmes y generosas y, desde luego, impensables en / el marco del viejo Derecho liberal. Conviene indicar que, por lo común, la participación se configura como individual, pero que nuestra Constitución no excluye la participación de los grupos, incluso atribuyéndola notable relevancia. La base de la idea democrática adopta la forma de un derecho fundamental y se halla recogido en el artículo 23 : " Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal ". De este principio general deriva toda la articulación de la democracia en nuestra Constitución que se manifiesta ya en su Título Preli-

minar; así, en el artículo 6 se declara que " los partidos / políticos expresan el pluralismo político, concurren a la // formación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política ", añadiéndose que " Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos". En cierto modo, esta última cláusula representa una garantía de la democracia general del sistema, ya que el vigor con que se caracteriza la función de los partidos se vé confirmado / más tarde al regular tal vez con demasiadas cautelas la iniciativa popular o el referendum. Si no se consagrara esa re gla de democracia interna de los partidos existiría un riesgo cierto de ocluir las vías de participación en el Estado / (232).

La articulación del principio democrático y, en concreto de la democracia representativa que se expresa a través de los partidos políticos, aparece desarrollada en el Capítulo I del Título III : El Congreso y el Senado se forman mediante elecciones por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (arts. 68,1ª y 69,1ª), y precisamente por ello el /

(232) Riesgo que ciertamente solo en parte puede conjurar el mandato constitucional, ya que el " funcionamiento democrático " se presta a diversas interpretaciones.

artículo 66,1ª puede decir que " Las Cortes Generales representan al pueblo español ". Esta participación que pudiéramos llamar fuerte se vé completada, todavía dentro del marco legislativo, por unas fórmulas participativas muy debilitadas en nuestra Constitución. Así, el artículo 87,3ª reconoce la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley, pero en la normativa orgánica que regule este instituto, " se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas", lo que quiere decir que incluso será factible establecer un número más elevado. Con ello, se impide o dificulta extraordinariamente que esta iniciativa pueda corresponder a grupos minoritarios no representados en el Parlamento, lo que hubiese sido la razón de su reconocimiento constitucional, ya que si es un partido político el que prepara estas consultas, se desvirtua el sentido del instituto (233); con mayor razón / si es un partido político mayoritario como, en definitiva, / viene a exigir la Constitución. Por si fuese poco , el artículo 87,3ª excluye la iniciativa popular en materias propias de Ley Orgánica, Tributarias o de carácter internacional, // así como en lo relativo a la prerrogativa de gracia. Tal vez se ha querido evitar la utilización demagógica del procedi--

(233) Vid. Schmitt, " Teoría de la Constitución ", trad. de F. Ayala, Revista de Derecho Privado, Madrid, / 1934.

miento o que grupos minoritarios pretendan servirse de él para crear un clima de agitación, pero lo cierto es que, a / nuestro juicio, la iniciativa popular, más que alternativa a la iniciativa ordinaria, se ha transformado en una estrategia parlamentaria de los partidos políticos. También en esta línea se inscribe en el artículo 92, según el cual " las decisiones políticas de especial transcendencia podrán ser sometidas a referendum consultivo de todos los ciudadanos ", / que deberá ser convocado por el Rey a propuesta del Presidente de Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de / los Diputados (234). Desaparece así el referendum sobre Leyes aún no sancionadas y de abrogación de Leyes en vigor, y, sobre todo, desaparece también el referendum instado por iniciativa popular, ya que se precisa en todo caso la autorización del Congreso de los Diputados (235). La tercera fórmula de participación en el ámbito legislativo consiste en el ejercicio del derecho de petición, reconocido con carácter general en el artículo 29, y especificado en el artículo 77 en / su forma de peticiones individuales o colectivas a las Cámaras.

(234) A este referendum deben añadirse los de iniciativa autonómica y de aprobación de Estatutos, así como los de ratificación de la reforma constitucional.

(235) La redacción original del precepto era mucho más / generosa y recogía los elementos apuntados. Vid. Boletín Oficial de las Cortes, 5 de enero de 1978, nº 44, art. 85 del Anteproyecto de Constitución.

Pero la democracia dentro del Estado no se limita a las Cortes Generales, sino que se extiende también a la Administración , a la Justicia, a las Entidades Locales y a las Comunidades Autónomas. En primer lugar, la propia constitución de estas últimas requiere la participación de los órganos representativos de los territorios respectivos e incluso de / sus ciudadanos (236) y, además, según señala el artículo 152, la Asamblea Legislativa de la Comunidad deberá ser elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional. Y lo mismo cabe decir de los Ayuntamientos, " elegidos por los vecinos del Municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto " (art.140). / La democracia en este ámbito se expresa , pues, en la formación de los órganos políticos y también en el principio de autonomía que inspira la organización territorial del Estado. Asimismo, se recoge en el artículo 140 un principio de democracia directa al indicarse que " la ley regulará las / condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto ".

En relación con el Estado -Administración cabe destacar el precepto contenido en el artículo 105 que mandata a la

(236) Vid. sobre el particular Peces-Barba , " La Constitución Española de 1.978 ", cit., p.

ley para que regule la audiencia de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y el acceso a los archivos y registros administrativos; así como el artículo 129, 1ª que también se dirige al legislador para que establezca "las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general ". Finalmente, la invocación a la soberanía del pueblo del artículo 117 se concreta en este ámbito del poder judicial en el artículo 125, que reconoce a los ciudadanos el ejercicio de la acción popular y la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado; a ello debe añadirse que los Jueces y Magistrados se hallan " sometidos unicamente al imperio de la Ley " (art. 117 , 1ª) y que la Ley es la expresión de la voluntad del pueblo democráticamente manifestada a través de un órgano representativo como son las Cortes Generales.

En otro orden, nuestra Constitución reconoce la participación de los sectores interesados en los centros educativos sostenidos con fondos públicos; e incluso el artículo 129, 2ª, en el marco de la función promocional, establece que los poderes públicos promoverán las diversas formas de participación en la empresa y arbitrarán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de /

producción. Sin duda, esta última cláusula ofrece una cobertura de legitimación suficiente para que la democracia social y económica no se circunscriba a tímidos ensayos de intervención en la gestión o de fiscalización de cuentas y balances. En realidad, el precepto comentado constituye una especificación del más genérico 9,2^a, que inscribe la participación dentro de la función promocional que caracteriza al Estado social y democrático de Derecho (237) al atribuir a los poderes públicos la obligación de " facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social ", con lo que la democracia se convierte en uno de los objetivos a realizar por el Estado definido en la Constitución.

En definitiva, como ya indicamos, la democracia que se articula en los procedimientos que sucintamente han sido expuestos, se funda en la afirmación de la soberanía del // pueblo, que representa un poder democrático, como base y justificación del Derecho, y propicia una sociedad pluralista / cuya legitimidad aparece expresamente consagrada en el texto

(237) Sobre la función promocional Vid. Bobbio, " Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del Diritto ", Ed. di Comunità, Milano, 1977. Alguno de los trabajos incluidos en este volumen han sido traducidos por A. Ruiz Miguel, " Contribución a la Teoría del Derecho ", F. Torres, Valencia, 1980.

fundamental. Cabe hablar en este aspecto de un pluralismo na
cional o cultural, de un pluralismo político y de un plura--
lismo social (238), es decir, de una sociedad abierta, tole-
rante y respetuosa con las minorías que representa una condi
ción indispensable para la eficacia del sistema democrático.

El Estado social y democrático de Derecho, que es /
una suma de reglas y valores de procedencias diversas, pero
que también es una fórmula sintética que ofrece un modelo /
sustancialmente distinto del derivado de la simple suma de
los adjetivos liberal, social y democrático, constituye pues
el marco del sistema de derechos fundamentales. Se trata, sin
duda, de un marco jurídico-político, aunque no separado de
la sociedad civil, precisamente porque reconoce su vocación
transformadora del mundo económico, social y cultural desde
presupuestos democráticos; no pretende una transformación pa
ternal u ordenancista, sino democrática, por lo que legi-
tima llevar hasta sus últimas consecuencias ese principio de
socialización del Estado y de estatalización de la sociedad,
o sea, de superación de aquella famosa escisión entre el hom-
bre y el ciudadano, entre la libertad política y el sometimient
to social. En este aspecto, los derechos fundamentales, con /

(238) Vid. De Esteban, López Guerra, " El régimen constituci
cional español ", cit. p. 71 y s.

sus fines y modos de ejercicio diversos, representan el elemento teleológico del Estado social y democrático de Derecho: más claramente aún, constituyen un criterio de legitimidad / del poder político (239), la cristalización jurídica de los dos grandes valores de libertad e igualdad que justifican toda acción política. Y , a su vez, la organización del poder, de acuerdo con el sistema del Estado social y democrático, resume las garantías previas o generales sin las cuales es impensable la protección y realización de los derechos fundamentales.

Es cierto que el panorama que nos ofrece el Estado y la sociedad de hoy, tanto en el plano interno como en las relaciones internacionales, aleja de nosotros el proyecto que se condensa en el Estado social y democrático de Derecho, hasta hacer de él un horizonte utópico casi inalcanzable, pero ello no puede hacernos renunciar a lo que, según Bloch, constituye la herencia propia del viejo Derecho natural : " eliminación de todas las relaciones en las que el hombre es con las cosas alienado en mercancía, y no solo en mercancía , si

(239) Vid. Díaz, E. " Socialismo democrático y derechos humanos ", en " Legalidad - legitimidad en el socialismo democrático ", cit., p. 125 y s.

no en la nulidad de su propio valor. Ninguna democracia sin socialismo, ningún socialismo sin democracia, esta es la fórmula de una influencia recíproca que decide sobre el futuro" (240). Sin fatalismo histórico, la acción libre y consciente del hombre puede dirigirse hacia ese objetivo emancipador, / que es incomprensible sin la referencia a los valores que en el Estado moderno se articulan, aunque sea de forma imperfecta, en los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

(240) Vid. Bloch, " Derecho Natural y Dignidad Humana ", (1961), trad. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 1980, p. 207.

III .- LOS VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

Tal vez uno de los preceptos más originales y a la vez de más rico contenido de la Constitución española sea este primer apartado del artículo primero, que venimos comentando. Tras ese inicial elemento que pudieramos llamar de estructuración dinámica, " España se constituye/ en un Estado social y democrático de Derecho ", el precepto se completa con un segundo elemento finalista o teleológico que pretende recoger el sentido profundo de la asociación política, " que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político ". Esta explícita enunciación de los " valores superiores " en el mismo pórtico constitucional ha sido, a mi juicio, mal interpretado por algún sector doctrinal que se ha apresurado a indicar el carácter supraconstitucional de estos / valores, insinuando su naturaleza intangible (241) e incluso se ha dicho que expresan un " iusnaturalismo renovado " (242). Ciertamente, el

(241) Vid. J. de Esteban, López Guerra, " El régimen constitucional / español ", vol. I, cit., p. 51. En el mismo sentido, Lucas Verdú, / " Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales ", Revista de la / Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico, nº2, p. 13.

(242) Vid. Varela, S., " La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional comparado " en " Lecturas sobre la Constitución española ", UNED, Madrid, 1978, vol. I, p. 13 y s. Así también Galindo Ayuda dirá que " el iusnaturalismo es proclamado en nuestra Cons-

artículo 1.º de la Constitución presenta la peculiaridad de estar enfocado desde una perspectiva global que no se circunscribe al núcleo de preocupaciones y problemas propios del Derecho constitucional (243), pero que se enfoque desde la Filosofía del Derecho no supone en modo alguno que se asuman planteamientos iusnaturalistas. La doctrina del Derecho Natural fué la Filosofía del Derecho, casi la única Filosofía del Derecho hasta el siglo XIX, justamente hasta que la extensión del positivismo y de la ciencia histórica propiciaron un giro radical en el modo de pensar el Derecho. La superación por nuestra ley fundamental del estrecho horizonte de la mera organización de los poderes del Estado y la decidida reivindicación de unos valores no debe interpretarse como un renacimiento del Derecho Natural, a no ser que supongamos que los valores sólo pueden concebirse a partir de las premisas iusnaturalistas. lo que no me parece aceptable. En realidad, sostener que en el artículo 1.º de la Constitución (244) se adopta una pers--

titución desde el primer momento ", " La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 ", Ed. Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 102.

(243) En este sentido, Peces-Barba, " La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho ", cit., p. 19 y s.

(244) Problema distinto es el de los " derechos inherentes " a que alude el artículo 10.1º.

pectiva iusnaturalista carece de consecuencias importantes en la práctica y, según creo, lo único que pone de relieve es un cierto confu--sionismo entre la reflexión filosófica sobre el Derecho y una de las formas tradicionales de esa reflexión.

Pero lo que posiblemente resulta más rechazable es que se intente dotar de vigencia al Derecho natural; un intento que, como no podía / ser de otra forma, se traduce en la pretendida supraconstitucionalidad o inderogabilidad de los comentados valores. El legítimo anhelo / de ver realizados los principios de justicia es tan antiguo como la / propia teoría del Derecho natural y, en este aspecto, basta recordar toda la doctrina sobre la " corruptio legis ", pero, desde la perspectiva positivista que es razonable adoptar en el análisis sobre la validez de las normas, no parece correcto contaminar el juicio jurídico con elementos extraños al propio Derecho. Es lícito, aunque creo que equivocadamente, escuchar en el artículo 1.º resonancias iusnaturalistas, pero ya no lo es tanto suponer que la Constitución deba rendirse ante la evidencia de un Derecho natural compendiado en esos cuatro valores de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. De las cláusulas de intangibilidad nos ocupamos con mayor detenimiento / en el próximo capítulo y allí nos remitimos, pero es necesario indicar ahora que los valores superiores son tan absolutos o tan relativos como la propia Constitución y que ningún obstáculo jurídico se opone a

la reforma completa de la Constitución, de manera que se ha querido / privar de toda legitimidad o justificación a las actitudes violentas o extraconstitucionales a cambio de integrarlas y de tolerar el cambio válido (jurídico) de los mismos principios fundamentales de la Constitución. Esta es, en síntesis, la opción que se plantea ante la reforma constitucional: o el cambio es inválido y legítimo por la obstrucción de los procedimientos jurídicos (245); o bien es válido, jurídicamente posible y, por lo tanto, resulta ilegítima la subversión. La Constitución ha elegido este segundo camino sin ninguna excepción en favor de las cláusulas de intangibilidad; pero, además, en el caso concreto de los valores superiores es preciso añadir que la redacción del artículo 1.º no propicia una interpretación iusnaturalista, a no ser, insistimos en ello, que los valores hayan de concebirse necesariamente a partir de la teoría del Derecho natural.

En efecto, formulaciones constitucionales iusnaturalistas (246) / son aquellas que invocan como fundamento un Derecho preexistente o / que tratan de descubrirlo, pero nunca las que pretenden constituirlo, es decir, crearlo en sentido riguroso, porque precisamente lo que ca-

(245) Aludimos aquí a una legitimidad simplemente formal, sin entrar a valorar los motivos o finalidades del cambio.

(246) Vid. el interesante libro de Morelli, G., " Il diritto naturale nelle costituzioni moderne " Vita e pensiero, Milan, 1974.

racteriza al Derecho natural es el ser ajeno a la voluntad de los hombres; por ejemplo, cabe hablar de iusnaturalismo cuando se declara la " independencia e igualdad a que le dan derecho las leyes de la Naturaleza y el Dios de esa Naturaleza " (247) o cuando se decide " exponer... los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre " , (248), pero este no es el sentido del artículo primero. La Constitución no se apoya en ningún valor preexistente, sino que se funda en una simple decisión que ha de conectarse con el apartado segundo. / esto es, con la soberanía popular, y es al constituirse España en un Estado social y democrático de Derecho cuando propugna determinados / valores, pero no antes. El substrato de la Constitución es de legitimidad formal o democrática - la soberanía del pueblo español - no / de legitimidad material. En segundo término, esta separación de las / premisas iusnaturalistas se aprecia también en el verbo utilizado, propugnar, que indica una idea dinámica, que evoca un horizonte de valores nunca totalmente satisfechos, lo que excluye la tradicional concepción iusnaturalista que considera los principios de justicia como Derecho, esto es, que confunde el ser con el deber ser. Ni la libertad ni la /

(247) " Declaración de Independencia de los Estados Unidos ", 4 de Julio de 1776, " Constituciones españolas y extranjeras ", ed. de J. de Esteban, Taurus, Madrid, 1977, vol. II, p. 419.

(248) " Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ", 26 de Agosto de 1789, " Textos básicos sobre derechos humanos ", ed. de G. Peces-Barba y L. Hierro, Facultad de Derecho, Madrid, 1973, p. 87.

igualdad derivan de un presunto Derecho natural, sino que son expresión de un acto político fundacional del pueblo español que impone a los poderes del Estado, en definitiva al ordenamiento jurídico, la / realización de una serie de valores que aquí y ahora se estiman como el contenido de la justicia.

Por otra parte, estas acusaciones de iusnaturalismo que ha merecido la enunciación de unos valores superiores, que, según dice Silvio Basile (249) " suenan a filosofía y quien sabe a través de cuantas / mediaciones nos remite a N. Hartmann y, en consecuencia, a Scheler y, más allá, al panorama cultural alemán de finales de siglo ", denotan a nuestro juicio una idea equivocada sobre el sentido y la realidad / de los valores; porque éstos no son más que exponentes de una ideología, entendida no en el sentido peyorativo de conocimiento deformado de la realidad, sino como sistema de juicios y estimaciones. En este aspecto, todo orden jurídico encarna unos valores, pretende satisfacer unos postulados éticos; incluso el Derecho más " abstencionista " / pensado por los liberales implica aceptar como bueno el orden " natural " que deriva de las relaciones sociales libres. Lo que caracteriza a nuestra Constitución es que ha querido hacer explícita confesión

(249) " Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas " en " La Constitución española de 1978", estudio sistemático dirigido por Predieri y García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, p. 225.

de su ideología y ha querido también hacer de sus valores un principio operativo en el orden jurídico; por supuesto, no se trata de una ideología dogmática y excluyente, confesional, socialista o liberal, pero es indudable que dichos valores resumen una ideología, si se quiere, una forma de concebir la asociación política e incluso el sentido de la sociedad y del Estado. Todo ordenamiento jurídico tiene // unos valores a los que inexorablemente debe ajustarse, porque el poder en que descansa ese ordenamiento es siempre un " poder ético ", / que pretende plasmar los anhelos o intereses de quienes ostentan su / titularidad. Aquí se halla, según creo, el problema fundamental: la perplejidad que produce la existencia de unos valores superiores derivada de un defecto común al razonamiento jurídico, que comparten positivistas y iusnaturalistas, y que pudiéramos calificar como la // autosuficiencia explicativa y legitimadora del Derecho. Para los primeros, el Derecho se agota en el orden jurídico positivo, si bien a veces, a modo de hipótesis del conocimiento, invocan una norma hipotética fundamental (250), de manera que, sin abandonar sus premisas metodológicas o bien no resuelven el problema ideológico del Derecho o bien culminan en un reduccionismo de la justicia a la validez (251). Los iusnaturalistas, en cambio, prolongan el Derecho positi-

(250) Vid. Kelsen, H., " Théorie pure du Droit ", cit., p. 266.

(251) Vid. Bobbio, N., " Giusnaturalismo e positivismo giuridico ", cit., p. 80 y s.

vo en un orden jurídico superior como es el Derecho natural, pero, en definitiva, sin abandonar nunca el Derecho. Precisamente por eso, por que no se concibe otra alternativa, algunos autores al oír hablar de unos " valores superiores " formulan de inmediato el anatema de iusnaturalismo; si existe algo por encima del Derecho positivo ese algo solo puede ser el Derecho natural. Y, sin embargo, por encima del Derecho siempre existe algo tan real y tan fáctico como el poder (252) y su ideología. Ese confusionismo tan querido a la teoría pura entre Estado y Derecho (253) tal vez nos ha hecho perder de vista que, en principio, el poder y el Derecho son cosas tan diferentes como el autor y su obra, y es indudable que los valores superiores del Derecho se ajustan a la ideología del autor. Pues bien, la ideología del poder constituyente aparece explícita en el artículo I, 1º y se resume en la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. El poder constituyente, tras definir el modelo de Estado, enuncia los objetivos que debe cumplir el ordenamiento jurídico, esto es, confiesa su / ideología; pero la soberanía nacional reside en el pueblo español .que

(252) Para este tema es fundamental el trabajo de Peces-Barba, " Reflexiones sobre Derecho y Poder " en " Libertad, Poder, Socialismo ". citado, p. 219 y s.

(253) Vid. Kelsen, " Théorie pure du Droit ", cit., p. 378.

en sentido lógico no está obligado por ningún Derecho, menos aún por un Derecho natural que ni siquiera es Derecho.

Por ello, creo que tiene razón Peces-Barba (254) al decir que el / artículo 1.1º " supera el idealismo iusnaturalista y vincula el Derecho al poder del Estado " y, añadimos nosotros, el poder del Estado a la decisión del poder constituyente, esto es, a la idea de la soberanía popular. A nuestro juicio, esta vinculación de los valores a la / soberanía popular, lejos de representar un residuo iusnaturalista, supone una vigorosa recuperación del constitucionalismo revolucionario, altagado durante el conservadurismo del Estado decimonónico y de su escuela de Derecho público. La apreciación de que el artículo 1.1º está enfocado desde la Filosofía del Derecho y no desde una " disciplina parcial " como es el Derecho constitucional no es sólo una constatación académica, no afecta a la Ciencia del Derecho, sino al Derecho mismo, aunque sólo fuese por la evidencia de que la norma comentada / es una ley jurídica y no una regla científica sobre el Derecho. El planteamiento del artículo primero encierra una consecuencia importante, que se ve confirmada a lo largo del texto constitucional, a saber: que la Constitución española no es sólo un texto jurídico de organización de los poderes del Estado o, traduciéndolo a la dimensión jurídica

(254) " La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho", cit., p. 23 y s.

ca, que no es sólo la norma jurídica que regula la creación de normas mediante la atribución de competencias a los diversos órganos estatales; y, sobre todo, que la Constitución no se concibe, desde la perspectiva de la autolimitación, como una norma rigurosamente " del " / Estado para el funcionamiento del Estado, sino que es algo más; es una decisión fundacional, superior a los concretos órganos estatales, que se manifiesta en esa afortunada expresión, " se constituye ", y que / impone al modelo de Estado (social y democrático de Derecho) un objetivo finalista, una razón de ser para el ejercicio del poder: la -- consecución de los cuatro valores aludidos.

Según creo, la vinculación de los valores, no al Derecho natural, sino al ejercicio de la soberanía tiene al menos dos consecuencias relevantes. Desde la Filosofía del Derecho, intenta superar un cierto / positivismo estatalista en la medida en que relaciona el ejercicio -- del poder y, por tanto, el Derecho, con la satisfacción de unos determinados valores que son distintos de aquellos que puede procurar la / simple existencia de organización política, esto es, el orden y la seguridad. Desde la Filosofía política, en segundo lugar, representa el abandono del constitucionalismo de corte conservador que, por indicar una fecha, puede hacerse derivar de la Carta Constitucional Francesa de 1814 (255) y que se desarrollará con especial vigor en el clima /

de la monarquía constitucional alemana (256), sin que, por supuesto, dejase de estar presente en España (257). En síntesis (258), si el punto de fricción entre el constitucionalismo revolucionario y el / conservador se hallaba originalmente en el problema de la soberanía / (principio monárquico-soberanía popular), la cuestión se iría paulatinamente trasladando a la propia concepción del Estado, de manera que el problema trata de resolverse concibiendo la soberanía como una cualidad del Estado, como un elemento del poder estatal, con la importante consecuencia de que el Estado se eleve por encima del bien y del mal para aparecer investido de un poder originario de dominación. El monarca es un órgano del Estado, pero también lo es el pueblo (259); naturalmente, el problema consiste en que en la práctica el monarca / (ejecutivo) es un órgano mucho más activo que el pueblo. Pues bien, el abandono de este constitucionalismo conservador se manifiesta, pri-

(255) Este texto viene recogido en la recopilación de Duverger, "Constitutions et Documents Politiques ", P.U.F., 7ª ed., París, 1974, p. 121.

(256) Vid. Jesch, D., " Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad ", trad. de M. Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 96 y s.

(257) Por ejemplo, en la Constitución de 23 de Mayo de 1845 se configura un sistema dualista, en el que " La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey ", artículo 12.

(258) Este tema lo desarrollamos con mayor detalle en el Capítulo II al explicar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica.

mero, en la afirmación de la soberanía popular y en toda la articulación jurídica de los procedimientos de fiscalización sobre los órganos estatales que tal afirmación supone y, segundo, en la propia función de la Constitución, que no se reduce a distribuir el poder estatal entre los diversos órganos, sino que impone a estos una serie de obligaciones, un determinado sentido a su conducta, que se sintetiza en el catálogo de derechos fundamentales y, en definitiva, en los valores que se propugnan como superiores del ordenamiento jurídico.

En realidad, las dos perspectivas apuntadas se hallan en íntima relación. Filosofía del Derecho y Filosofía política no son formas de reflexión fácilmente escindibles. Cuando decimos que el artículo 1.º se aparta del positivismo estatalista lo que se indica es que el Estado y su Derecho no ofrecen por sí mismos elementos suficientes de legitimación, que existe una legitimidad crítica expresada en esos cuatro valores a partir de los cuales puede juzgarse el ordenamiento jurídico positivo; y, a su vez, que esos valores se imponen a los órganos estatales " desde fuera " de ellos mismos, más concretamente desde la decisión política fundamental, desde la soberanía popular, /

(259) Vid. sobre todo ello el planteamiento de Jellinek, G., " Teoría General del Estado ", trad. de F. de los Ríos de la 2ª ed. alemana de 1905, Albatros, Buenos Aires, 1978, p. 101 y s. 356 y s.

que no es ni una cualidad ni un órgano del Estado, sino una realidad de hecho, distinta y anterior. Por supuesto, no es necesario decir / que esta es una enunciación lógica, no histórica o real, pero ello / tampoco significa idealismo ingenuo, ya que tal forma de concebir la política tiene importantes consecuencias en la práctica del Derecho, en especial porque permite considerar los derechos fundamentales, no como fruto de la autolimitación del Estado, sino como verdaderas -- obligaciones de todos y cada uno de los órganos estatales. De esta / forma, también los valores superiores adquieren una firmeza indiscutible ya que sin invocar los siempre inseguros principios de justicia del Derecho natural, sometido a la tradicional polémica sobre lo que "debe ser", se apoyan en un principio activo creador de la Constitución, que sí es una norma jurídica, concretamente la norma superior que se impone a todos los poderes del Estado.

Pero junto a esta función de legitimidad crítica sobre las leyes / positivas, que lógicamente se ejerce de modo principal en la sede política del control parlamentario y de ese control más difuso que es la opinión pública, los valores superiores del ordenamiento satisfacen / una indudable función jurídica como criterios hermeneúticos y de integración del ordenamiento, pudiendo ser utilizados por el Tribunal -- Constitucional como parámetro para juzgar la legitimidad de las leyes, si bien, por su naturaleza genérica y de difícil delimitación concre-

ta, lo normal es que se acompañen de otros preceptos más categóricos y precisos. En todo caso, los valores superiores, al igual que la definición del Estado como social y democrático de Derecho, tienen una utilidad especialmente explicativa del modelo de organización política que se persigue; representan un compendio de lo que se desarrolla a lo largo de toda la preceptiva constitucional. En este sentido, presentan la particularidad de que sirven de nexo de unión entre la organización política y los derechos fundamentales ya que, de una parte, se configuran como el elemento finalista del Estado de Derecho y, de otra, constituyen el fundamento axiológico de los derechos enunciados en el Título I. Desde la perspectiva aquí adoptada, no cabe duda de que el régimen jurídico de los derechos fundamentales responde a una decisión del legislador que, en el plano jurídico, no es discutible; pudo haberse establecido un sistema de fuentes o garantías distinto al configurado en la Constitución, podían haberse suprimido algunos derechos del catálogo del Título I o, en fin, podían haberse dado entrada a otros. Pero a poco que indagemos en la categoría de los derechos fundamentales es fácil constatar que, al margen de las peculiaridades de régimen jurídico con que aparezcan en cada sistema constitucional, representan siempre la articulación jurídica de un conjunto de valores, más concretamente en nuestro caso de la libertad y de la igualdad. En el Estado liberal, que concibe la justicia como un fenómeno inmanente a la sociedad, los derechos fundamentales pretenden tu

telar simplemente la libertad y la seguridad, es decir, aquellos valores que garantizan el libre juego de las relaciones sociales, y que / se concretan en las funciones garantizadora y represora, ya aludidas. El Estado social y democrático de Derecho amplía, como es lógico, el sistema de valores o, para ser más exactos, al desconfiar del resultado que deriva de las relaciones "privadas", arbitra una serie de procedimientos jurídicos para obtener la realización de esos valores.

A nuestro juicio, los derechos fundamentales de la Constitución española representan, pues, la articulación positiva de esos dos grandes valores que son la libertad y la igualdad o, dicho de otra forma, el contenido de la obligación generada por los derechos fundamentales trata de garantizar la realización de dichos valores (260); y de ahí, que la libertad y la igualdad se constituyan en valores superiores / del ordenamiento, ya que al Derecho corresponde la sanción jurídica / de las obligaciones que representan la contrapartida del derecho fundamental. En definitiva, no creo que sea preciso insistir en esta relación entre poder constituyente, valores superiores, ordenamiento ju

(260) En el Capítulo III desarrollamos precisamente un ensayo de clasificación de los derechos fundamentales en torno a los criterios de la libertad y de la igualdad.

rídico y derechos fundamentales que, a mi juicio, encierra al núcleo esencial del tipo de organización social y política que nuestra Constitución define.

En torno a esta enumeración de valores se discute su carácter reiterativo. Así, para Peces-Barba (261), el pluralismo político es un elemento del valor libertad y, a su vez, ésta y la igualdad constituyen hoy el contenido material de la idea de justicia; mientras que / según J. de Esteban (262) cada uno de ellos parece representar un valor material por sí mismo. Aunque tal vez la cuestión no tiene excesiva importancia práctica, conviene indicar que en la medida en que el catálogo de valores se estime reiterativo, debe considerarse también perturbador, porque si la Constitución recoge la libertad, la igualdad y la justicia lo más lógico es interpretar que esta última representa un valor distinto cuyo contenido no se circunscribe a los imperativos de libertad e igualdad; y entonces, si la justicia es algo / más, por supuesto indefinido, algún órgano aplicador del Derecho puede verse en la tentación legítima de interpretar la justicia con un / alcance más amplio que el que cabe derivar de la libertad y de la igu

(261) " La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho"; cit., p. 38.

(262) " El régimen constitucional español ", cit., vol. I. p. 52.

aldad. Por eso creo que, si se estimaba reiterativa, lo más razonable hubiese sido suprimir las reiteraciones, que en la práctica jurídica, pueden resultar perturbadoras. En cualquier caso, el simple hecho de su invocación en el artículo 1.1º nos obliga a formular algunas reflexiones sobre el posible sentido de cada uno de estos valores.

Posiblemente, el valor que ofrece mayores dificultades de interpretación sea el de la justicia, pues es difícil hallar concepto más ambiguo e impreciso y, al mismo tiempo, más permanente y anhelado en la filosofía de todos los tiempos. La justicia es una cualidad subjetiva, una virtud cristiana y de cualquier sistema de moralidad; también es un valor del Derecho o incluso el Derecho mismo (263), aunque al mismo tiempo se pueda decir que el Derecho constituye un punto de vista sobre la justicia (264). Las Instituciones de Justiniano se inician / definiendo la Justicia como " La constante y decidida voluntad de reconocer a cada uno su derecho " y a la jurisprudencia como " el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto "(265). pero, como diría Kelsen (266), la fórmula del /

(263) Vid. Villey, M., " Philosophie du Droit. Definitions et fins / du Droit ", Dalloz. París, 1975, p.68 y s.

(264) Vid., Legaz, L., " Filosofía del Derecho ", 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 319.

" suum cuique ", el dar a cada uno lo suyo, es una vana tautología / porque no nos dice qué es lo suyo de cada cual; y, sin embargo, cuando se reivindica algo como propio se hace en nombre de la justicia, no sólo la entrega de la cosa, sino el hecho mismo de que se reivindique como propia. Estas consideraciones, que nos informan acerca de la confusión que reina en este punto, no deben causar perplejidad; la distancia que separa a la justicia de la verdad científica no es mayor que la que separa a la moral y al Derecho de la Ciencia Natural. Buscar la verdad es el propósito de todo científico y realizar la justicia / la intención de los sistemas normativos, morales o jurídicos, pero la diferencia aparece en los mismos umbrales de la empresa; el científico no busca una idea de la verdad, porque supone que ésta es única. / Hoy, en cambio, reconocemos que la ley persigue una idea de la justicia, que el Derecho representa un punto de vista sobre la justicia, o sea, uno de los posibles puntos de vista.

Sin que proceda un examen detallado, no creo que en la actualidad resulte sencillo lograr una idea segura sobre la justicia, un consen

(265) " Instituciones ". versión española de F. Hernández-Tejero, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1961, Libro I, Título I, p. 2.

(266) " Justicia y Derecho Natural " en " Crítica del Derecho Natural ", versión de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, p. 43 y s.

so universal acerca de lo justo. Tal vez, lo único que pueda afirmarse es que hoy muy pocos identifican la justicia con el Derecho o, dicho de otra forma, que es concebible un Derecho injusto (267); problema distinto es el de si el Derecho injusto es además nulo (268). Pero, prescindiendo ahora de este último problema, ¿qué contenidos se atribuye a la justicia?. Según Radbruch (269), la medula de la justicia, es la idea de igualdad; la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta y la justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional. En cambio, para Stammler (270), justicia e igualdad son dos nociones distintas; esta última, junto con la libertad y fraternidad, constituye un tópico vago que no proporciona un punto de vista independiente. Para Stammler, la convivencia social sólo puede ser fundamentalmente justa cuando en las relaciones concretas que componen la vida social "no queda nunca una persona a merced de los caprichos /

(267) Indiquemos no obstante que Villey sostiene un pensamiento "antiguo" que en cierto modo quiere reivindicar la idea griega de la justicia, "Philosophie du Droit", cit., p. 76.

(268) Con este título se publicaron en castellano tres trabajos de Radbruch, Schmidt, y Welzel, traducción de J.M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971.

(269) "Introducción a la Filosofía del Derecho", trad. de W. Roces de "Vorhule der Rechtsphilosophie" (1948), 4ª ed. F.C.E., Madrid, 1974, p. 31 y s.

(270) "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. de W. Roces de la 2ª ed. alemana, Ed. Nacional de México, 1980, p. 240 y s. y 419 y s.

meramente subjetivos de otros ", lo que acerca bastante la idea de justicia a la de seguridad. Legaz (271) enumera tres elementos lógicos de la justicia: proporcionalidad, igualdad y alteridad, por lo / que concluye afirmando que el Derecho es siempre ontológicamente una cierta justicia al tiempo que la forma lógica de la justicia se trans funde en el Derecho; pero todo Derecho es también injusto al no ser - capaz de realizar un ideal de justicia que supera siempre a la realidad y porque la misma forma lógica de la justicia entraña una injusti cia, una falta de proporción con la singularidad de cada caso concreto.

Desde una perspectiva diferente, Volney (272) dirá que los tres - atributos fundamentales de la justicia son la igualdad, la libertad y la propiedad. Nos hallamos así ante lo que Villey (273) ha llamado la justicia del idealismo, esto es, la justicia concebida como un ideal del espíritu humano. particularmente en la filosofía revolucionaria, un ideal de libertad y de igualdad. Por ello, con las matizaciones / que derivan de una distancia de casi dos siglos, pueda decirse que la

(271) " Filosofía del Derecho ", cit., p.332.

(272) " La loi naturelle ou Catéchisme du citoyen français ", édition complète et critique (textes de 1793 y 1826) par Gaston-Martin, A. Colin, París, 1934, p. 147 y s.

(273) " Philosophie du Droit ", cit., p. 52.

idea de la justicia enunciada por Peces-Barba se inscribe en esta corriente " idealista ", lo que explica que la mención de este valor / en el artículo 1.1º resulte a su juicio reiterativa. Una postura análoga encontramos en Elías Díaz (274) cuando afirma que la justicia / " se realiza tanto más plenamente en la medida en que se realizan los intereses, las exigencias, los derechos y libertades fundamentales / que corresponden a todos y cada uno de los ciudadanos ".

En síntesis, tras esta breve panorámica doctrinal, creo que se puede señalar dos grandes formas de concebir la justicia: o bien se supone que es una idea puramente formal, que casi nada dice acerca del contenido de las leyes, de la finalidades u objetivos que debe perseguir el Derecho (275), y entonces lo más razonable es identificarla con la igualdad (276). O bien se supone que la justicia resume el conjunto / de valores e ideales que en una sociedad determinada se estiman como

(274) " Sociología y Filosofía del Derecho " (1971), Taurus, Madrid, segunda reimpresión, 1976, p. 46 y s.

(275) Explicitamente, esta es la postura de Radbruch, " Introducción a la Filosofía del Derecho ", cit., p. 33 y s.

(276) A mi juicio, los tres elementos lógicos de la justicia indicados por Legaz pueden en último término reconducirse a una noción genérica de igualdad.



necesarios o convenientes; en nuestro caso, que leyes justas son aquellas que persiguen el logro de la libertad y de la igualdad, es decir, la realización de los derechos fundamentales. Como es lógico, nuestra Constitución no se inclina explícitamente ni por una idea formal de / la justicia ni por una concepción material, lo que nos obliga a preguntarnos acerca del alcance jurídico de cada una de las versiones, es decir, de las consecuencias que derivan de adoptar uno u otro punto / de vista.

Si optamos por la concepción formal, es evidente que la mención de la justicia resultaba innecesaria, pues la igualdad se halla suficientemente garantizada mediante el propio artículo 1, 1º y sobre todo en los artículos 9.2 y 14 (277). No obstante, por la ubicación y sentido del precepto, me parece más razonable que nuestro legislador constituyente haya querido incorporar un concepto material de justicia; al / afirmar que uno de los valores superiores del ordenamiento es la justicia se pretende decir que el Derecho debe perseguir la realización de unos ciertos postulados, de un determinado sistema axiológico. Se supone entonces que existen unos ideales, poco importa ahora si se / conciben como naturales o históricos, a cuya satisfacción debe endere

(277) Vid. más adelante, epígrafe IV de este Capítulo.

zarse toda actividad política. Naturalmente, el problema nace en el / mismo instante en que pretendemos delimitar dichos postulados. Ya hemos indicado que para Peces-Barba serían la libertad y la igualdad, pero aunque estos valores son amplísimos y se proyectan en casi todas / las decisiones políticas y normas jurídicas, de manera que en el fondo toda actividad legislativa compromete la libertad o la igualdad, en principio no vemos objeción a considerar incluidos en la justicia / otros ideales o, al menos, sería lícito entenderlo así. Si dichos ideales son también constitucionales, la cuestión no ofrece ninguna dificultad práctica, pero si suponemos que la justicia representa un reclamo a nociones extraconstitucionales pueden surgir algunos problemas importantes, ya que nos hallaríamos ante una cláusula abierta susceptible de ser llenada por los imperativos de un hipotético Derecho natural, que es el más inseguro de todos los Derechos.

En términos prácticos, se trata de dilucidar si el Tribunal Constitucional puede declarar la ilegitimidad de una ley por considerarla / sencillamente injusta. Desde luego, ello equivaldría a reconocer al / Tribunal casi una función constituyente pues, habida cuenta que la ley fundamental no define el contenido de la justicia, la opinión de los Magistrados acerca de la finalidad y objetivos de la acción política se transformaría en un parámetro para medir la legitimidad de las leyes. Me parece indiscutible la necesidad de evitar una interpretación

como la señalaba y además creo que es posible. La justicia recogida / en el artículo I, I^o se compone de dos clases distintas de postulados. En primer lugar, de un catálogo de postulados fijos e invariables, que serían los explícitamente recogidos en la Constitución: la libertad , la igualdad y, si se quiere, cualquier otro ideal establecido como fin del Derecho. Desde esta perspectiva, ley injusta sólo es aquella que / vulnera alguno de los valores superiores y, en particular, alguno de los derechos fundamentales que constituyen la articulación jurídica / de aquellos. de manera que la injusticia de la ley terminaría por confundirse con su ilegitimidad de fondo que deriva de la violación de / los derechos.

Puede aceptarse que la justicia está integrada por un segundo grupo de postulados no constitucionales. La Constitución es la regla básica de la convivencia y debe ser capaz de amparar las más diversas / alternativas políticas, esto es, los más variados puntos de vista sobre la justicia. Lo que decimos resulta particularmente cierto en una Constitución de consenso como la española, que no pretende imponer como necesaria ninguna concreta concepción del mundo. Y, sin embargo, parece evidente que los principios materiales de justicia no serán los / mismos, por ejemplo, si el legislador es liberal que si es socialista. Quiere ello decir que existe un segundo núcleo de postulados varia—bles o no constitucionales que, en definitiva, se concretan en el pro

grama político del partido que gana las elecciones, esto es, en los / ideales e intereses de la mayoría. Una Constitución que diseña un Estado secularizado, que garantiza la libertad de conciencia y que eleva el pluralismo político a la categoría de valor superior del ordenamiento, es necesariamente una Constitución " relativista " en torno al problema de la justicia. La democracia misma supone antidogmatismo, porque cuando se cree en el Derecho natural y se tiene seguridad en / su conocimiento resulta mucho más difícil propugnar la democracia, ya que puede cederse a la tentación de procurar la " salvación " de los individuos y de la colectividad, incluso contra su voluntad. En este/ aspecto, tiene razón E. Díaz (278) cuando indica que " aunque sin - agotarse tampoco en ella, podría decirse que la justicia se encuentra del lado de la voluntad general ". Esto tiene pleno sentido en la / práctica: la justicia resume el conjunto de ideales sentidos por la / mayoría de la población y expresados libremente en elecciones democráticas. Pero la justicia no se agota en la concreta acción política, - porque existen otros postulados indiscutibles (relativamente indiscutibles), que son aquellos que figuran incorporados al texto consti

(278) Vid. " Sociología y Filosofía del Derecho ", cit., p. 51 y s.

tucional.

Naturalmente, en lo que la justicia tiene de variable, ninguna fi calización cabe sobre las leyes, pues ello supondría desvirtuar el / principio mismo del gobierno mayoritario. Una ley sólo resulta incons ti tucional por injusta cuando vulnera alguno de los postulados consti ti tucionales. Precisamente por eso, la invocación de la justicia en el / artículo 1.1º resultaba, a mi juicio, innecesaria, tanto si optamos / por la concepción formal antes aludida, como si nos inclinamos por - una noción material que, finalmente, no incorpora ningún criterio que no estuviese ya presente en la Constitución. Creo que la solución con ti traria que pretendiese buscar unos principios trascendentes resulta ti ría en la práctica radicalmente incompatible con el tipo de organiza ti ción política establecido en la Constitución, que se basa en la liber ti tad, en la igualdad y en la secularización, entendida esta última en un sentido amplio.

Un segundo valor cuya mención ha sido también juzgada innecesaria - es el pluralismo político, consecuencia o derivación del valor libertad. Sin duda, del articulado de nuestra Constitución se deduce una sociedad y un Estado plurales, que, como dice M. Ramírez (279), / nos aleja " de una visión totalitaria de la vida política. y de la / vida en general, en la que primaba la idea de la estructuración uni--

forme, rígida y jerárquicamente organizada del acontecer social ". Lo que caracteriza a los sistemas totalitarios no es sólo la prohibición de partidos, sindicatos, etc., sino principalmente el hecho de que, / cuando existen, se conciben en función de un servicio estatal integrador que ahoga su libre expresión. En este sentido, tal vez pudiera / considerarse ocioso recordar en el artículo 1,1º una idea que se halla firmemente arraigada en la Constitución; pero lo mismo sucede y no en menor medida con el valor libertad y con el valor igualdad, que también se encuentran vigorosamente garantizados en el texto constitucional.

Por nuestra parte, estimamos que la inclusión del pluralismo político entre los valores superiores que ha de tutelar el ordenamiento / jurídico ha sido un acierto, no sólo porque el momento histórico lo / exigiese y, en este sentido, debe tenerse en cuenta que en España se había perpetuado una dictadura de casi cuarenta años, sino sobre todo porque el pluralismo, aunque sea una consecuencia de la libertad, no se identifica con ella, sino que añade un " plus ", un matiz espe

(279) Vid. " Participación y pluralismo en la Constitución de 1978 " en " Estudios sobre la Constitución española de 1978 ", cit., p. 58.

cial al comportamiento de los poderes públicos. Sin libertad, esto es evidente, no puede concebirse una sociedad plural, pero el problema / se plantea a la hora de enjuiciar las consecuencias del ejercicio de la libertad. El pluralismo puede entonces concebirse como un " mal / menor ", como un principio disgregador que debe soportarse para no sa crificar la libertad; o, por el contrario, puede valorarse positiva-- mente, como un elemento enriquecedor de la vida humana y de la cultu-- ra, lo que sin duda requiere alejarse de todo planteamiento dogmático y entender el bien y la verdad como resultado de aportaciones plura-- les y en tensión. En rigor, la opción apuntada no afecta a la libertad en sí misma, sino a la actitud " positiva " del Estado; el ámbito de inmunidad, los límites al poder del Estado pueden garantizarse en to-- do caso, pero el resultado no será el mismo si además se fomenta el / ejercicio de la libertad, no para que se enderece a la obtención de / un resultado estimado como bueno o favorable al bien común, sino por-- que el mero ejercicio de la libertad se considere un bien para la so-- ciedad y para el Estado. El pluralismo y la libertad nunca nueden con fundirse porque si ésta se configura como un límite externo a la acti-- vidad estatal, aquél constituye un elemento estructural del propio Es-- tado. El pluralismo político supone que el Estado no puede (o no de be) convertirse en un instrumento al servicio de las ideas o intere ses de un grupo " contra " al resto de la sociedad civil, sino que refleja y es bueno que refleje los propios conflictos que se producen

en el seno de la sociedad y que incluso debe fomentar el ejercicio de la libertad, aun sabiendo que ello supone disidencia, heterodoxia, falla de una-nimidad. Recordemos las palabras de E. Díaz (280): " El / pluralismo ideológico es — cabe decir — una constante histórica , pero es también al mismo tiempo, y sobre todo, una conquista histórica ". La libertad no es todavía el pluralismo.

Las diferencias que hemos tratado de enunciar encuentran, por otra parte, una proyección práctica relevante. En cierto modo, la distancia que existe entre libertad y pluralismo es análoga a la que puede descubrirse entre las funciones de garantía y represión y la función promocional del Derecho. Tal vez algunos ejemplos puedan ayudarnos a mostrar nuestro punto de vista: en virtud de la libertad el Estado / garantiza la manifestación de cualquier opción ideológica o religiosa; en virtud del pluralismo, el Estado abandona todo rasgo de confesionalidad que suponga un principio de discriminación de las opiniones minoritarias (281). Es suficiente la libertad de asociación para que pue

(280) Vid. " Sociología y Filosofía del Derecho ", cit., p. 411.

(281) Debemos reconocer que el ejemplo no es muy oportuno en cuanto / que el artículo 16.3 de la Constitución autoriza una cierta excepción al principio de no confesionalidad del Estado, principio que, por otra parte, se halla recogido de forma muy dudosa en el citado precepto, en cuanto que la no estatalidad de las religiones es un problema distinto al de la no confesionalidad del Estado. Vid. mi trabajo " Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas

dan crearse partidos políticos, pero es preciso considerar el valor / del pluralismo para que éstos adquirieran rango constitucional en los / términos del artículo 6 de la Constitución: " Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifesta ción de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la par ticipación política ". Incluso puede afirmarse que una interpretación rigurosa y consecuente del pluralismo condiciona en cierto grado el / tipo de sistema electoral y así puede calificarse como contrario al / pluralismo un sistema que atribuya todos los escaños de la Cámara al grupo político más votado en las elecciones. En definitiva, el plura- lismo es primeramente una constatación que cabe hacer a la vista del ejercicio de la libertad y que como toda constatación ha de aceptarse como un juicio de hecho; pero, en segundo término, como valor superior del ordenamiento jurídico, el pluralismo representa un criterio orien tador de la actividad de los poderes públicos. que impone la obliga- ción de fomentar el ejercicio de la libertad, no sólo en beneficio de los sujetos del Derecho, sino en beneficio de la propia sociedad y / del Estado. En este sentido, el pluralismo se configura como un prin- cipio moderador del arbitrio de lo órganos estatales, sobre todo en /

función promocional y de prestación, por lo que debe reconocerse que eventualmente puede entrar en colisión con la igualdad sustancial. Como luego veremos, la igualdad sustancial supone que el Estado debe / ayudar y proteger especialmente a ciertas personas o grupos en atención a su particular situación, pero es evidente que ello exige ante todo seleccionar un conjunto de circunstancias de hecho y valorarlas/ como dignas de protección; esta selección y valoración equivale a una indudable " toma de postura " por parte del Estado que en algún caso pudiera lesionar el principio de pluralismo. Debe indicarse que esta/ colisión no ha de producirse necesariamente, sino sólo si se hace un mal uso de los medios estatales que se ponen al servicio de la igualdad sustancial.

Aunque no es procedente detenerse en esta cuestión en extremo casuística, creo que la conjugación de la igualdad y del pluralismo debe/ verificarse a la luz del principio de libertad. Cabelmente, la igualdad sustancial no es un fin, sino un instrumento dirigido a hacer posible el ejercicio de la libertad, esto es, a eliminar los obstáculos materiales o de hecho que convierten la libertad en un horizonte inaccesible; así entendida, las funciones de promoción y prestación (282)

(282) Sobre este tema vid. Bobbio, N., " Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del Diritto ", Ed. di Comunità, Milano, / 1977. Alguno de los trabajos incluidos en este volumen ha sido tradu-

no pueden nunca entrar en verdadera contradicción con el pluralismo. Esto último, en cambio, puede acontecer cuando se tutela de modo particular a personas o grupos, no para facilitar el ejercicio de la libertad, sino porque se estima que sus actividades u organización resultan favorables a la idea que los titulares del poder tienen sobre lo bueno y lo justo. No negamos en principio la legitimidad de esta conducta, que puede estar justificada y ser incluso constitucionalmente debida (283), pero conviene indicar que en estos casos es precisa una valoración cuidadosa por parte del Estado para no desvirtuar el valor superior del pluralismo y también, por cierto, el principio de igualdad formal del artículo 14.

cido por A. Ruiz Miguel, " Contribución a la Teoría del Derecho ", F. Torres, Valencia, 1980.

(283) Volviendo al ejemplo anterior, el artículo 16,3º dice que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. Es evidente / que aquí se obliga a una consideración positiva del fenómeno religioso, lo que se traduce en la ayuda del Estado a las confesiones, en / la regulación bilateral, etc., pero no porque con ello se eliminen / los obstáculos materiales que hacen que el ejercicio de la libertad sea más gravoso para unas personas que para otras, sino porque se estima que la religión es un factor social positivo, favorable al bien común y a la cohesión social. Vid. Finocchiaro, " Uguaglianza giuridica e fattore religioso ", Giuffrè, Milán, 1958. En España, vid. Viladrich, " Los principios informadores del Derecho eclesiástico español " en " Derecho eclesiástico español ", obra colectiva publicada por EUNSA, Pamplona, 1990, p. 221 y s., en particular, p. 303 y s.

Como indica J. de Esteban (284), el pluralismo tutelado en nuestra Constitución no es el meramente político, sino el pluralismo democrático en general y que, de acuerdo con el citado autor, se proyecta en el ámbito nacional o cultural, político y social. Respecto del primero, cabe hablar de un pluralismo lingüístico y simbólico (art. 3º y 4), pero también de un pluralismo institucional en cuanto que, dentro de la unidad política y jurídica que descansa en la Constitución, cada Comunidad Autónoma puede dotarse de su organización propia y, sobre todo, a partir del principio democrático, impulsar una política / diferenciada de la que se realiza por las Cortes y el Gobierno españoles o por otras Comunidades. En segundo lugar, el pluralismo político se pone de manifiesto en la especial relevancia concedida a los partidos políticos, que satisfacen una verdadera función pública, pues / " son instrumento fundamental para la participación política ", esto es, resultan indispensables para la democracia. Finalmente, el pluralismo social aparece en el artículo 7, donde se institucionalizan los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales; en el artículo 20,3 que hace del " pluralismo de la sociedad y de las diver-

(284) " El régimen constitucional español ", cit., vol. I, p. 72.

sas lenguas de España " un criterio de la regulación del acceso a /
los medios de comunicación social dependientes del Estado de los gru-
pos sociales y políticos significativos; en el artículo 28, relativo
también a los sindicatos; en el 36, que alude a los Colegios Profe--
sionales; en los artículos 51 y 52, referentes a las organizaciones /
de usuarios y consumidores y a las organizaciones profesionales, etc.

Pero, en realidad, la garantía del pluralismo debe buscarse tanto
en sus manifestaciones expresas como en los " silencios " de la /
Constitución. Su filosofía es abierta, tolerante y no dogmática, ya /
que al establecer con amplitud los fines y valores que debe perseguir
la organización política está legitimando las más variadas opciones y
permitiendo su alternancia en el poder. La propia elaboración del tex
to constitucional fue un ejemplo de pluralismo, no la imposición orto
doxa de los postulados de un grupo hegemónico, y ello habría de trady
cirse lógicamente en el articulado; un articulado que a veces ofrece
dificultades jurídicas por su ambigüedad, por su propósito de integrar
posturas divergentes, pero que representa una virtud política y es ga
rantía de estabilidad. El hecho de que para nuestra Constitución no /
exista religión verdadera, ni sistema ético justo, ni moda cultural /
acertada; el hecho de que la Constitución y por lo tanto el Estado se
declaren incompetentes en todas estas cuestiones es, a mi juicio, la
primera condición de una sociedad pluralista.

Finalmente, el artículo 1,1º incorpora a la Constitución los que / sin lugar a dudas son los dos valores fundamentales del mundo moderno, la libertad y la igualdad, y en torno a los cuales se elabora hoy la / teoría de los derechos fundamentales. De la libertad nos hemos ocupe- do en la Introducción y en el primero de los esigrales de este capítu- lo, por lo que ahora basta recordar su concepto genérico y las posibi- lidades de cancelar las tradicionales dicotomías: libertad real y for- mal, positiva y negativa, de los antiguos y de los modernos, etc. Se ha concebido la libertad como autodeterminación, esto es, como actua- ción no condicionada y, por tanto, moral, y en este sentido puede / afirmarse que constituye, desde una perspectiva humanista, y antropo- céntrica, el primero de los valores, la finalidad esencial de la aso- ciación política (285). Por otro lado, desde un punto de vista jurídi- co, la libertad se concreta o articula en cada uno de los derechos fun

(285) La jerarquización de los valores y de los derechos fundamentales puede aceptarse como mera teorización, pero no debe convertirse en un criterio jurídico para solucionar las contradicciones del sistema. So- bre ello nos extendemos en el último apartado del Capítulo III.

damentales que se denominan precisamente " derechos de libertad " y cuyo análisis pormenorizado es improcedente en este trabajo. En cuanto a la igualdad, ofrece una especial riqueza de matices y plantea numerosos problemas jurídicos, por lo que será objeto de un examen particular.

IV.- EXAMEN PARTICULAR DE LA IGUALDAD

1).- Introducción. Las dimensiones de la igualdad.

Señala Kelsen que " el concepto de la igualdad puede adoptar significados tan diferentes que resulta imposible / considerarlo esencial para el concepto de la democracia (286) sin embargo, y aunque su defensa del liberalismo sin concesiones le impida reconocerlo, parece evidente que la igualdad, / tanto desde un punto de vista lógico como histórico, constituye un elemento fundamental de la democracia, pues supone / en primer lugar el reconocimiento del igual valor de todos / los hombres o, al menos de todos los ciudadanos, y este reconocimiento resulta título indispensable para justificar la participación de todos por igual en la formación de la voluntad general. Es verdad que " de la presunción puramente negativa de que uno no vale más que otro, no puede deducirse positivamente que deba prevalecer la opinión de la mayoría " / (287), pero sí puede y debe deducirse que todas las opiniones tienen el mismo valor y todas participan igualmente den-

(286) Kelsen, H., " Esencia y valor de la democracia ", // trad. de R. Luengo y L. Legaz, Prólogo de I. de Otto, ed., Guadarrama, 2^a ed. Madrid, 1977, p. 127.

(287) Kelsen, H., " Esencia y valor de la democracia ", cit. p. 23.

tro del Estado; y esto, y no el principio de las mayorías, / constituye la base de la democracia, ya que el acuerdo según el cual se impone la opción del mayor número no es más que / una regla del juego, un expediente para evitar la violencia dentro de la democracia, para evitar su destrucción, pero no es la esencia de la misma. En cambio, sí tenía razón Kelsen/ al afirmar que la igualdad admite múltiples significados. / Existe, en efecto, una igualdad antigua que, como la moderna es abstracta y racional; existe una igualdad medieval mucho más concreta, circunscrita a las relaciones dentro de las / diversas categorías de nacimiento, honor, dignidad, etc... Desde otra perspectiva, puede hablarse de una igualdad liberal o pasiva, como igualdad ante la ley, y de una igualdad democrática o activa, como igual participación en los asun--tos comunes. Cabe distinguir, en fin, una igualdad política, la que se establece entre los hombres considerados únicamen--te en su condición de ciudadanos, y una igualdad real o sus--tancial, aquella que quiere nacer entre los hombres en cuan--to que personas, principalmente en cuanto que personas trabajadoras. En cierto modo, esta segunda clase de igualdad era la que criticaba Montesquieu con óptica liberal cuando afir--maba que " la diferencia entre la democracia sometida a nor--mas y la que no lo está, es que en la primera, todos son iguales en cuanto ciudadanos , y en la otra lo son también en / cuanto magistrados, senadores, jueces, padres, maridos o amos" (288).

Nuestra Constitución recoge esta última distinción / (289) en sus artículos 9,2 y 14, que parecen inspirados en / el 3ª de la Constitución italiana, si bien, como tendremos ocasión de comprobar, la española de 1978 resulta técnicamente más rigurosa. La igualdad política mantiene en nuestro ordenamiento los rasgos tradicionales del concepto liberal y / aparece así primeramente como una igualdad ante la ley, relevante sobre todo en el momento de su aplicación, y que en definitiva se concreta en la igual eficacia de la ley frente a todos. Pero además la Constitución recoge también, dentro del mismo concepto de igualdad política, el nuevo sentido de la igualdad, no ante la ley , sino de la propia Ley; con ello / este principio viene a satisfacer una función limitadora de la actividad legislativa entendida en sentido amplio y, aunque desde luego no es una novedad en el panorama del Derecho Comparado, debe apreciarse como meritorio el propósito constitucional de someter la indiscutible discrecionalidad del / legislador en esta materia a una reglamentación mínima; al menos se declara contrario a la Constitución todo tratamiento jurídico especial que se funde en motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. Y, por último, la igualdad política se configura como un verdadero derecho subjetivo //

(288) Montesquieu, " Del Espíritu de las Leyes ", cit., Libro VIII, Cap. III, p. 125.

fundamental, lo que no es fácil de reconocer en la Constitución italiana, en la que la naturaleza programática de la / igualdad sustancial contagia de objetivismo el carácter de la igualdad ante la ley. Por el contrario, la igualdad real o sustancial del artículo 9,2 no constituye un derecho subjetivo, aunque tampoco puede calificarse de simple recomendación dirigida a los poderes públicos; se trata de una verdadera obligación que se inscribe como un aspecto de la cada día más amplia función promocional del Derecho.

siguiendo este esquema, propuesto por el legislador constituyente, analizaremos en primer lugar la igualdad política y después la que llamamos, siguiendo a la doctrina italiana, igualdad sustancial; bien entendido que a nuestro juicio, no son términos opuestos sino complementarios, como luego trataremos de demostrar.

2).- La igualdad política.

No es una coincidencia puramente fortuita que la no-

-
- (289) También recoge las dos clases de igualdad anteriormente aludidas; igualdad liberal o pasiva : "Los españoles son iguales ante la ley..." (art.14); e igualdad democrática o activa : "Los ciudadanos tienen derecho a / participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art.23,2), precepto que debe completarse con los contenidos en los arts. 68 y 69 relativos a la composición del Congreso y Senado.

ción moderna de los derechos del hombre y la de igualdad apa-
reciesen simultáneamente como aspiraciones en el siglo XVIII
y como principios jurídicos en 1789 (290). El derecho subjeti-
vo no solo no es una categoría moderna, sino que por el con-
trario constituye una característica esencial del orden jurí-
dico medieval, cuya expresión era el privilegio, la libertas
concebida como el "status" jurídico subjetivo de una perso-
na o comunidad (291); el elemento que transforma los privile-
gios en libertades es precisamente la igualdad, como instan-
cia unificadora y a la vez de generalización de esa "liber-
tas" medieval. Así pues, desde un punto de vista jurídico,
puede afirmarse que la igualdad es un hallazgo relativamente
reciente y constituye un concepto clave y diferenciador de la
cultura jurídica moderna (292), hasta el punto de que se ha
podido decir que, al menos en su acepción moderna, Derecho sig-
nifica precisamente igualdad (293). Es cierto que la igualdad

(290) Vid. Braud, Ph., "La notion de liberté publique en
Droit Français", L. G. D. J., París, 1968, p. 218 y
siguientes.

(291) Vid. Gracia-Pelayo, M., "Del mito y de la razón en
la Historia del pensamiento político", Revista de Oc-
cidente, Madrid, 1968, p. 90 y siguientes.

(292) Vid. Tarello, G. "Storia della cultura giuridica moder-
na. Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto",
Il Mulino, Bolonia, 1976, p. 37-39.

(293) Cerroni, U., "La libertad de los modernos", cit.,
p. 95.

representa uno de los más viejos postulados del iusnaturalismo, vinculada a la idea cristiana de redención universal como igualdad ante los sacramentos (294). Y es cierto también que el mundo medieval y el Antiguo Régimen no desconocieron una / cierta versión de la igualdad.

Sin embargo, el moderno Estado de Derecho no se edificó invocando viejos principios de inspiración religiosa o el precedente de las cartas de libertad medievales; solo // idealmente podemos vincular el principio de igualdad nacido de la Revolución con los planteamientos antiguos (295), porque en definitiva la igualdad, como todas las "ideas-fuerza" del siglo XVIII no reconocen otro origen que no sea la razón, por más que recogiesen ideales sentidos en etapas anteriores.

(294) Según la concepción del humanismo cristiano, " el // maestro común, Jesucristo, no ha derramado menos su sangre por la redención de los pobres que por la de los más grandes monarcas; de igual forma, ante su Tribunal, donde todo hombre, incluso los más poderosos déspotas, está convocado en breve plazo, la rendición de cuentas no será menos severa para todos esos potentados que para los más pobres mortales ", Erasmo, / " Carta a Francisco I ", en Allen, " Opus Epistolarum Desiderii Erasmi denuè recognitum et auctus ", Oxford 7 vols., 1906-1928, Tomo V, p. 354. Vid. Mesnard, P., L'Essor de la Philosophie Politique au XVI siècle " 2^a ed. J. Vrin, París, 1952, p. 86 y s. Vid. también Peces-Barba, " La Filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII " en " Libertad, Poder, Socialismo ", cit., p. 24 y s., de donde está recogida la cita de Erasmo.

(295) Vid. Paladin. L. " Il principio costituzionale d'egua-
glianza ", Giuffrè, Milano, 1965, p. 3 y s.

En realidad, como señala Cassirer (294), para los autores de la Gran Enciclopedia la cuestión de si sus ideas eran nuevas o no apenas hubiera tenido sentido, pues las consideraban como algo que había existido siempre y en todas partes, como algo en lo que todo el mundo creía : la razón era universal. / Sin embargo, parece evidente que la igualdad medieval resultaba sustancialmente distinta, pues era principio esencial del sistema que las determinaciones sociales de los individuos / adquiriesen trascendencia política y jurídica en forma de privilegios; se trataba por ello de una igualdad "inter pares" y lógicamente se carecía de una concepción abstracta del Derecho. Y lo mismo cabe decir del período de la Monarquía Absoluta, en el que los estamentos perdieron poder político, pero no muchos de los privilegios medievales (297).

Hallamos, en efecto, determinadas características en la igualdad moderna que nos permiten hablar de una transfor-

(297) Perelman, Ch., "Egalité et Valeurs" en "L'Egalité", études publiées par H. Buch, P. Foiriers y Perelman, E. Bruylant, vol. I, Bruxelles, 1971, p. 320, desde una perspectiva excesivamente formal, señala que la igualdad ante la ley no es incompatible con las tesis del Antiguo Régimen. Olvida, a nuestro juicio, la supervivencia de los estamentos y, sobre todo, el hecho de que la igualdad moderna, ante la ley, exige unas condiciones de seguridad jurídica, de racionalidad y de abstracción incompatibles con la organización jurídico-política del Absolutismo.

mación cualitativa respecto de los planteamientos estoicos y cristianos, y que han hecho de este concepto un postulado / ideológico de gran fuerza expansiva, decisivo para comprender la naturaleza del Derecho y del Estado de los dos últimos siglos. En primer lugar, la secularización de la idea de igualdad (298) explica el nacimiento de la ciudadanía como status igual de todos los individuos integrados en la comunidad. El bourgeois, titular de una esfera privada escindida, postula la presencia del citoyen, centro de imputación de relaciones jurídico-públicas. Reconocida la desigualdad en la primera, resulta entonces necesario un tratamiento igual de los ciudadanos haciendo abstracción de sus condiciones sociales. De / esta forma, la separación de lo público y de lo privado, característica del mundo liberal, opera también en este punto: la igualdad ante la Ley , el Derecho igual, solo es posible a condición de que la sociedad civil se sitúe al margen de / las relaciones y vínculos políticos (299). La vigorosa formu

(298) Tal vez fuese mejor hablar de politización, ya que en realidad la secularización puede encontrarse ya en el pensamiento de Descartes cuando afirma que la razón es por naturaleza igual entre todos los hombres, "Discurso del Método ", trad. de J. Rovira con una Introducción de F. Romero, 12 edición, Losada, Buenos Aires 1977, p. 96.

(299) Vid. Cerroni, " La libertad de los modernos ", cit. p. 69 y ss. Vid. también en Marx, " La Cuestión judía " cit., p. 163, y ss.

lación rousseauniana del pacto social como enajenación total de cada asociado con todos sus derechos en el cuerpo social ha podido servir de base a la moderna noción de citoyen, ya que "dándose cada cual por entero, la condición es igual para todos"(300), - aunque ciertamente nos parece muy discutible la lectura liberal de Rousseau que quiera ver en él un autor moderno. (301). No obstante, y pese a las objeciones que pueden formularse al pretendido origen rousseauniano de la igualdad formal, parece en efecto que en el Contrato Social la igualdad se configura ante todo como simple igualdad ante la ley, esto es, como exigencia de que - el objeto de la norma participe de esa misma generalidad que caracteriza a su voluntad creadora (302). Esta identificación de - las cualidades del objeto y del sujeto de la ley no cabe duda que obtuvo un éxito notable, pues la generalidad de la ley se ha convertido en uno de los dogmas del Derecho moderno; ya Portalis, - en su Discurso preliminar del Código Civil dirá que "la loi statue sur tous: elle considère les hommes en masse, jamais comme partii

(300) "Contrato Social" cit., Libro I, Cap VI, p. 411

(301) Utilizamos aquí esta expresión en el sentido antidemocrático de B. Constant, para quien la libertad rousseauniana es una réplica de la de los antiguos. Vid. Principios de Política, cit. p. 7 y ss.

(302) "Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en conjunto, y las acciones como abstractas, jamás a un hombre en cuanto individuo ni una acción como particular. Así la ley puede muy bien estatuir que habrá privilegios, pero no puede concederlos nominalmente a nadie... En una palabra, toda función relacionada con un objeto individual no corresponde al poder legislativo", Contrato Social, cit., Libro II Cap. VI, p. 431.

culiers; elle ne doit point se mêler de faits individuels..."(303) y posteriormente la idea se repite en muchos autores, como Duguit, Geny, etc (304). Lo que ahora importa destacar es que con mucha frecuencia el principio de igualdad se agota en el dogma de la generalidad de la ley. Se tiende a considerar como suficiente - que la ley se adopte no en concreto, en vista de un caso individual, sino en abstracto, con vocación de regir todos los supuestos de igual naturaleza y aplicable a todas las personas que se encuentren en las condiciones previstas en el texto.

En segundo lugar, junto a la idea de ciudadanía, la racionalización jurídica y el triunfo del monopolio del Estado unitario y centralizador, características exclusivas del Derecho moderno, y que se expresa en los principios de unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, contribuyó sin duda a desterrar todo ese mundo de excepciones y privilegios propios del particularismo medieval y, en definitiva, a imponer una nueva concepción de la igualdad como paridad jurídica ante un único poder político que se manifiesta a través de un instrumento racional y abstracto, la ley.

(303) Citado por Carré de Malberg, "Contribution a la Théorie Générale de l'Etat", vol. I, p. 290, Sirey, París, 1920, reimpresión del CNRS de 1962.

(304) Duguit, L., "L'Etat", Fontemoigne, París, 1901, vol. I, p. 502; Geny, F., "Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif", LGDJ, París, 1932, p. 181. En España, mantiene una posición análoga Pérez-Serrano: "un acto de alcance individual y concreto nunca tendrá la consideración de regla, de Ley, por más que el poder legislativo del Estado haya intervenido en su confección", "Tratado de Derecho Político", Civitas, Madrid, 1976, p. 400. Sin

Por otra parte, lo que caracteriza a la libertad moderna no es el descubrimiento de la autonomía individual, perfectamente conocida en el Antiguo Régimen, sino su generalización: la libertad se atribuye a "todos" los hombres, sin que "ninguno" pueda - verse perturbado en su ejercicio. Como señala Torello, la unificación del sujeto del derecho explica la tendencia a identificar "igual" y "moderno" cuando se habla del Derecho (305). Este fenómeno se pone de relieve en la misma formulación de los enunciados normativos: "Se reconoce el derecho...", "Los ciudadanos tienen derecho...", etc. Las consecuencias de la igualdad son bien conocidas como reacción a las tesis del viejo régimen y el propio Preámbulo de la Constitución de 1791 se consagra a enumerar los privillegios abolidos: "Ya no hay nobleza, ni parias, ni distinciones hereditarias, ni distinciones de clases, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales...". Pero si lo que quedaba atrás no ofrece dudas, es preciso interrogarse sin embargo por el alcance y - el sentido que hacia el futuro tenía la proclamación de la igualdad. De Ruggiero ha señalado que la Declaración de derechos contiene en potencia tres revoluciones: una revolución liberal stricto sensu, una revolución democrática y una revolución social (306),

embargo, ya autores como Laband o Carré de Malberg criticaron el dogma de la generalidad de la ley. Vid. de Carré "Contribution a la Théorie Générale de l'Etat", cit., p. 288 y s.

- (305) Torello, op. cit. p. 10. Es fácilmente perceptible además una formulación cada vez más consecuente y radical de la igualdad en los sucesivos textos de la revolución", 1789, 1791 y 1793. Vid. Godechot, "Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire, París, 1951, p. 34; - Deslandres, "Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870", París, 1932, vol. I. p. 75 y Del Vecchio, - "La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución francesa, I. E.P., Madrid, 1957, p.151

y puesto que la igualdad abstracta puede servir de fundamento - tanto al voto censitario como a la participación política universal, a la propiedad privada como a su disolución, es lícito preguntarse acerca del concepto y de la función de la igualdad en el Derecho moderno. Bien es verdad que el concepto de igualdad se va decantando a lo largo del siglo XIX y XX y que su concreto alcance evoluciona a medida que lo hace el propio Estado liberal (307), pero en líneas generales puede afirmarse que hasta finalizada la II Guerra mundial, tal vez con las excepciones - de Weimar y de la República española (308), la igualdad ante la ley no supone que el contenido de la norma deba ser igual para los ciudadanos, sino que su eficacia debe ser igual para todos; lo que excluye el principio de igualdad así entendido es la discriminación de los individuos por aquellas leyes que tienen por objeto la determinación de la eficacia o de la fuerza de las -

(306) De Ruggiero, G. "Historia del liberalismo europeo", trad. de C.G. Posada, Pegaso, Madrid, 1944, p. XCIII.

(307) Vid. sobre esto Paladin, "II principio costituzionale - d'euaglianza", cit., p. 37 y s.

(308) Aunque el artículo 109 de la Constitución de Weimar reproducía el 4º de la Carta prusiana ("todos los alemanes son iguales ante la ley"), lo cierto es que la interpretación del principio evolucionó tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de vincular no sólo al juez, sino también al propio legislador (igualdad en la ley). Vid. Chomé, Th., "Le principe de L'égalité en Droit de la République Fédérale allemande" en L'Egalité", vol. I. cit, p. 37, y Paladin, op. cit., p. 97 y s. Por lo que se refiere a la Constitución de 1931 establece ya claramente, además de la igualdad ante la ley (art. 2), que "no podrán ser fundamento de privilegios jurídicos: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas" (art. 25).

normas, o la organización de los procedimientos dirigidos a hacer valer esa eficacia (309). El respeto al principio de igualdad no constituye en otro caso un requisito necesario de la ley, sino de su aplicación (310).

Efectivamente, son numerosos los textos que avalan una concepción puramente formal de la igualdad, en la que ésta aparece como una noción dependiente e incapaz de lograr autonomía como instancia de legitimidad sin pasar por la libertad. Quienes discuten la compatibilidad de la libertad y de la igualdad en el pensamiento liberal y en la práctica del Estado burgués (311), parten, a nuestro juicio, de un cierto confusionismo, ya que, en la medida en que atribuyen valor material o sustancial a la igualdad y formal a la libertad, la comparación se hace imposible. Es necesario que los términos sean homogéneos y por ello cuando la relación se establece en un plano jurídico-formal, la libertad y la igualdad no sólo no resultan incompatibles, sino que, al con

(309) Vid. Mortati, C., "Istituzioni di Diritto Pubblico", Cedam, Padova, 1975, vol. II, p. 1019.

(310) Vid. sobre este punto la noción de justicia como igualdad en Radbruch, "Introducción a la Filosofía del Derecho", cit., p. 31 y s.

(311) Por ejemplo, Vedel, "Manuel élémentaire de Droit - Constitutionnel", Paris, 1949, p. 184; Stendari, - "Libertà ad eguaglianza nello Stato democratico moderno", Giuffrè, Milano, 1953, p. 188-189.

trario, desde una óptica liberal, se complementan recíprocamente (312). Los hombres son iguales en su libertad y la igualdad está tan íntimamente unida a la libertad como la forma puede estarlo a la materia (313). Esta idea estrictamente formal (política) de la igualdad aparece, por ejemplo, en Locke cuando habla del "derecho igual que todos los hombres tienen a su libertad natural, sin estar ninguno sometido a la voluntad y a la autoridad de otro hombre" (314) y, más concretamente, será desarrollada por Kant, para quien la igualdad se reduce al reconocimiento de una pretensión, igual para todos los súbditos (315), de hacer valer el propio derecho cualquiera que sea su contenido, invocando la tutela coactiva del Estado (316). La igualdad kantiana significa únicamente que nadie puede ejercer la coacción contra otro si no es mediante la ley, y que todos y cada uno pueden recurrir a la

-
- (312) En el mismo sentido vid. Sartori, "Democrazia e definizioni", Il Mulino, Bologna, 1957, p. 238 y s. Por el contrario, Paladini sostiene, creemos que equivocadamente, que existe una recíproca indiferencia, op. cit., p.9.
- (313) Vid. Vachet, A., "La ideología liberal" (1970), trad. de P. Fernández y otros, Ed. Fundamentos, vol. I., p. 176.
- (314) Locke, J., "Ensayo sobre el gobierno civil", cit., cap. VI, p. 54.
- (315) Como señala Lumia, G., "La doctrina Kantiana del Diritto e dello Stato". Giuffrè, Milano. 1969, p. 101, - la igualdad pertenece a los individuos más como súbditos que como ciudadanos, aunque Kant hable en ocasiones de la igualdad de los ciudadanos.
- (316) Kant, "Principes métaphysiques du Droit", cit., p. 176. Vid. Bobbio, "Diritto e Stato nel pensiero di E.

ley para defender el propio derecho frente a los demás. Como consecuencia, Kant rechaza la esclavitud, pues nadie puede obligarse a una dependencia por lo cual deja de ser persona (317), así como la nobleza hereditaria, pues las dignidades, cuya concesión es un derecho del soberano, se fundan en el mérito y éste proviene de la naturaleza y no del nacimiento (318).

Pero, sobre todo, esta mutua dependencia entre libertad e igualdad se haya recogida en los propios textos constitucionales; así la Declaración del Buen Pueblo de Virginia - proclama que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes" y en la Declaración francesa de 1789 se puede leer que "los hombres nacen y permanecen libres en derechos" (319). Tal vez el origen de esta concepción puramente instrumental de la igualdad se halle en la vieja idea hobbesiana de la identidad de fuerzas y de potencias intelectua

Kant", 2ª ed. Giappichelli, Torino, 1969. p. 251; Pardini, D., "Diritto, Società e Stato in Kant", Giuffrè, Milano, 1957, p. 159 y s; Lumia, op. cit., p. 101 y s.

(317) Kant, "Principes Métaphysiques du Droit", cit, p. 204

(318) Kant, op. cit., p. 202.

(319) Sobre las distintas implicaciones de la igualdad formal en la Declaración de 1789, vid. Díaz, E., "Libertad-Igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (1967)", recogido en "Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático", Civitas, Madrid, 1978, p. 85 y s.

les (320), que de alguna forma había venido a sustituir a la concepción cristiana de la igualdad de valor ante la Gracia, pero en cualquier caso lo que parece cierto es que en la ideología liberal la igualdad termina por formalizarse como concepto jurídico dentro de la libertad. Una igualdad formal que sirve precisamente para consagrar la desigualdad natural y social del hombre "privado", porque es la condición que hace posible el libre juego de las fuerzas individuales y, en definitiva, el desarrollo de la libre competencia (321).

Así pues, en el plano jurídico, la igualdad se entiende como idéntica capacidad jurídica (322), lo que de un lado se opone a los privilegios de estirpe y a la sucesión hereditaria de los honores y cargos públicos y, de otra parte, impide cualquier intento de asimilar la igualdad a una identidad de hecho; es más, la igual capacidad jurídica no supone el reconocimiento de una igual capacidad de obrar. Al menos en la práctica del Estado liberal, y en su justificación teórica, el principio de igualdad no excluye, en efecto, discriminaciones jurídicas como el voto censitario: la igualdad ante la ley no supone igualdad de derechos y, en realidad, se reduce a una exigencia de generalidad y abstracción de la norma. Bien es verdad que en la teoría política del liberalismo,

(320) Hobbes, T., "Leviathan", edición de C. Moya y A. Escohotado, Ed. Nacional, Madrid, 1979, cap. XIII, p. 222 y s.

(321) Vid. De Ruggiero, "Historia del Liberalismo Europeo", cit., p. XLI y s. y XCII.

(322) Vid. Paladin, op. cit., p. 21.

cuya formulación más acabada es posiblemente la de Kant, la discriminación de derechos políticos no se quiere concebir - como una excepción al principio de igualdad, sino al de independencia personal. Todos los ciudadanos son libres e iguales ante la ley, pero únicamente gozan de derechos políticos quienes además son independientes, entendida esta expresión en - sentido material, casi económico, es decir, aquellos que deben su existencia y conservación a las propias fuerzas y no a la voluntad de otro (323). El liberalismo conservador, partiendo de los mismos principios que inspiraron el pensamiento rousseauiano y la revolución (324) llega sin embargo a conclusiones distintas. Se reconoce en efecto, a todos los ciudadanos los atributos de la libertad y de la igualdad, pero no todos gozan de un mismo derecho a la independencia, o sea del derecho a ser participe del poder legislativo. La contradicción parece manifesta porque si algunos (las mujeres, los trabajadores) no pueden participar en el poder legislativo, tampoco se hallan en condiciones de obedecer a una ley a la que no han podido prestar su aprobación, es decir, tampoco - pueden ser libres o, al menos no pueden gozar de la libertad

(323) Dice Kant: "La facultad de dar su sufragio constituye la cualidad del ciudadano; pero esta facultad exige la independencia de aquel quae no solamente quiere formar parte de la república, sino que quiere ser también miembro, es decir, parte actuante", op. cit. p. 177. Vid. Bobbio, obra últimamente citada, p. 248 y s., Lumia, op. cit., p. 103 y Pasini, op. cit. p. 160.

(324) Para Kant, la libertad política, igual que para -- Rousseau la libertad natural o moral, consiste en no obedecer a otra ley más que aquella a la que se le ha podido otorgar el sufragio; o sea, la libertad consiste en el sometimiento a la voluntad general, en la - que se integran las voluntades individuales.

política. La contradicción, no obstante, es más aparente que real, ya que para Kant la libertad política no es la libertad natural; ésta no tiene un significado democrático de participación en los asuntos públicos, sino que es de naturaleza negativa: ausencia de coacción.

Es verdad que, como hemos indicado en páginas anteriores, el planteamiento kantiano sobre la independencia admite, al margen de la intención del autor, una interpretación progresista y encierra enormes posibilidades para la profundización de la libertad y para su ejercicio no condicionado. Los hombres no independientes no pueden hacer un buen uso de los derechos políticos porque en su decisión pesan más los condicionamientos materiales, los lazos de dependencia, que su voluntad o interés individual. Este punto de vista, en su dimensión política, conduce a resultados claramente reaccionarios, pero al mismo tiempo es una llamada para eliminar los obstáculos que impiden la independencia de todos y cada uno de los hombres. La libertad y la igualdad gozan de una enorme fuerza expansiva que impulsa a la superación de tales obstáculos. En consecuencia, cabe argumentar a partir de Kant, lo que hay que hacer no es negar derechos políticos a quienes no son independientes, sino favorecer que todos puedan alcanzar la independencia.

En realidad, los temores del conservadurismo al sufragio universal se fundaban en la defensa de la propiedad. Constant lo confiesa con estas palabras: "el propósito lógico de los no propietarios es acceder a la propiedad; todos los medios de que dispongan los emplearán con ese fin. Si a la li-

bertad de facultades y de industria que se les debe se añaden los derechos políticos que no se les deben, tales derechos, - en manos del mayor número, servirán infaliblemente para invadir la propiedad " (325). Diríase leyendo estas palabras que Constant era un perfecto conocedor de la estrategia parlamentaria defendida por un sector del pensamiento marxista (326). En definitiva, las aspiraciones democráticas e igualitarias del pensamiento rousseauniano, que todavía se mantuvieron vivas en los primeros años de la revolución, serían provisionalmente enterradas por el Estado conservador decimonónico y por teóricos como Kant, Constant o Humboldt (327).

Pero si el alcance del principio de igualdad quedó notablemente reducido por una interpretación antidemocrática, - la ausencia de una verdadera garantía jurisdiccional frente a los criterios de clasificación del legislador provocó su exclusión en el Estado liberal del catálogo de los derechos fundamentales e incluso del conjunto de reglas constitucionales vincu

(325) Constant, B., "Principios de Política", cit., p. 58-59

(326) En su defensa del parlamentarismo decía Bernstein que "el derecho de votar en una democracia pasa virtualmente a cada uno de sus miembros socios de la comunidad, y esta participación virtual debe acabar al fin con una participación real" y añade "El sufragio universal en Alemania pudo servir a Bismarck temporalmente como un instrumento, pero al fin obligó a Bismarck a servir de instrumento", "Socialismo teórico y Socialismo práctico. Las premisas del socialismo y la misión de la socialdemocracia", cit., p. 118. Vid. también Peces-Barba, "Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado", cit., p. 3 y s.

(327) De este último vid. la obra que lleva el significativo

lantes para el poder legislativo. A este resultado contribuiría, de un lado, la aplicación estricta del principio de separación de poderes, que se traduce en una exención del legislativo y aún del ejecutivo frente a los órganos jurisdiccionales. Tal vez la expresión más acabada de esta forma de entender la separación de poderes por los revolucionarios franceses sea - el artículo 3º de la Constitución de 1791: "Los tribunales no pueden ingerir en el ejercicio del Poder legislativo, o suspender la ejecución de la ley". A una solución análoga, aunque - por caminos distintos, conducía el artículo 93 de la Constitución de 1793 que, inspirado en los planteamientos de flexibilidad constitucional de Rousseau, declaraba solemnemente que "un pueblo tiene siempre el derecho de revisar... la propia - Constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras". Bien por la consagración de la inmunidad del legislador, bien por el establecimiento de un sistema constitucional flexible, el principio de igualdad, como las - demás normas constitucionales, perdían parte de su función garantizadora y de limitación del poder. En estas condiciones, asegurar que "el Gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles" (art. 1-2 de la Declaración de 1793) o declarar que "la Constitución garantiza a todos los franceses la igualdad" (art. - 122 de la Constitución de 1793) se convertían en manifestaciones de buena voluntad, en cuanto que en definitiva el legisla

dor se erige en juez de sus propios límites constitucionales (328).

Por otra parte, la efectiva protección del principio de igualdad hubo de enfrentarse con un problema específico, - que no afectaba como el anterior a la garantía jurisdiccional de todas las normas constitucionales en general; nos referimos a la tesis muy extendida durante el siglo XIX según la cual - la igualdad no constituiría un verdadero precepto con valor - normativo, sino más bien una recomendación ética, una orientación o programa que no vincula jurídicamente al legislador - (329). De esta forma, el carácter preceptivo del principio de igualdad únicamente podía mantenerse, luego veremos en qué condiciones, frente al juez y frente a la Administración, es decir, como límite, no a la creación, sino a la aplicación del Derecho.

(328) A pesar de que el constitucionalismo norteamericano - no contase con una declaración de igualdad al estilo de los textos franceses, las funciones fiscalizadoras del poder judicial, desarrolladas en torno a diversos aspectos de la igualdad - prohibición de la ley "ex post facto", de los "bills of attainder", la "comity cause", la "due process clause"... , lograron una mayor eficacia que en Europa. Vid. sobre el principio de igualdad en EEUU, Carwin, "La Costituzione degli Stati Uniti nelle realtà odierna", Pisa, 1953, p. 212 y ss; Paladín, op. cit., pp. 12 y ss y 57 y ss; Cadoux, "La Cour Supreme et le probleme noir aux Etats-Unis", Paris 1957. Cit. por Paladín, op. cit., p. 33.

(329) Vid. para el Derecho alemán, Chomé, op. cit., p. 37; para el Derecho italiano, Paladín, op. cit., p. 52. - La igualdad en el ordenamiento francés sigue una evolución análoga, dentro del problema general sobre el valor de la Declaración de derechos y la jerarquía del sistema de fuentes de las libertades públicas. Sobre

Hoy puede afirmarse que esta situación ha desaparecido en el panorama del Derecho comparado, al menos en las naciones de civilización jurídica desarrollada; a ello ha contribuido, por una parte, el perfeccionamiento de las técnicas de fiscalización de la actividad legislativa y, por otra, el nuevo rumbo que ha tomado el constitucionalismo posterior a la II guerra mundial. Así, por ejemplo, la lenta evolución de la jurisprudencia francesa ha culminado en el reconocimiento de valor constitucional de los derechos fundamentales sucesivamente incorporados por Declaraciones y textos constitucionales (330), lo que además en el caso de la igualdad se ve reforzado por el artículo 2º de la vigente Constitución de 1958 (331). En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn logró superar alguno de los problemas de interpretación surgidos durante la Constitución de Weimar; el propósito de fundar un Estado democrático sobre las ruinas del totalitarismo explica el especial relieve que se atribuye en el nuevo régimen a los derechos fundamentales en general y a la igualdad en particular, que aparece sistemáticamente incluida dentro del capítulo de los derechos fundamentales, como un vínculo efectivo y no simplemente pro-

esta cuestión, ampliamente discutida en la doctrina y jurisprudencia francesas, vid. en relación con el tema de la igualdad, Colliard, "Libertés Publiques", 4ª ed. Dalloz, París, 1972, p. 177 y s.

- (330) Vid. en castellano sobre esta cuestión, Peces-Barba, "La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional", con extensas referencias bibliográficas, ahora en "Libertad, Poder, Socialismo", cit., p. 101 y s.
- (331) "Francia es una república indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sin distinción de origen, de raza o de religión".

gramático de la acción del legislador (332). Asimismo, en Bélgica es regla aceptada que la igualdad constituye un límite a la actividad del legislador (333). Por último, en Italia, la doctrina y numerosas sentencias de la Corte Constitucional reconocen el carácter preceptivo de la igualdad (334).

3.- La igualdad jurídica como derecho fundamental en la Constitución española.

Señala el prof. Lucas Verdu (335) que la regulación constitucional de la igualdad sustancial recogida en el artículo 9,2 es una traducción desafortunada del art. 3,2 de la italiana

-
- (332) Vid. sobre el principio de igualdad en la Ley Fundamental de Bonn, Paladín, op. cit. p. 110 y ss, y Mortati op cit. p. 1017, n.
- (333) Vid. Perelmann, op. cit. p. 319 y ss y Ingber, L., "A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge", en "L'Egalité", cit. I, p. 7 y ss.
- (334) Vid. Nasso, E., "La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale", Commento sistematico con la collaborazione di E. Siggia, L. Loschiavo y G. Caristo, tres volúmenes, Ed. Pen, Roma, 1971, p. 14 y s. Sentencia Corte Costituzionale, 8 de julio de 1967, nº 101. Vid. también Esposito, "La Costituzione italiana", Cedam, Padova, 1954, p. 75 y s.
- (335) Lucas Verdu, "El Título I del Anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución)" en "Estudios sobre el Proyecto constitucional", C.E.C., Madrid, 1978, p. 17. El artículo 9,3 que enjuiciaba el prof. Lucas Verdu era muy semejante al texto definitivo del 9,2; decía así: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que éste desarrolla su personalidad sea real y efectiva;

liana. Sin embargo, y al margen de que el juicio pueda aceptar se en relación no sólo con el art. 9,2 sino también con la - igualdad política del art. 14, aunque no vemos motivo de censura hacía la presunta traducción, lo cierto es que el legislador constituyente se ha separado del ejemplo italiano en dos puntos que consideramos fundamentales: en primer lugar, ha es cindido de forma rotunda las dos clases de igualdad que contem pla el artículo 3 del texto italiano, hasta el punto de que su naturaleza y régimen jurídico son totalmente distintos; en se gundo lugar, y gracias a la separación aludida, ha sido posi ble elevar la igualdad formal a la categoría de derecho funda mental. Si algún ejemplo se ha tenido en cuenta en lo referen te a la naturaleza de la igualdad no creemos que haya sido el italiano, sino el alemán de la Ley Fundamental de Bonn.

Por otra parte, parece adecuada la sistemática del le gislador; es verdad que una regulación conjunta de la igualdad formal y de la sustancial resultaría más coherente desde un - punto de vista histórico o ideológico, en cuanto que da mejor idea de la indivisibilidad de la igualdad como valor de legi timación, poniendo de relieve que la segunda, como elemento - del Estado democrático de Derecho, se configura como una con secuencia de la profundización en la igualdad política, que - llevada hasta sus últimas consecuencias debe dejar de ser sólo política para extenderse a los demás campos de la actividad

remover los obstáculos que impidan o dificulten su ple nitud, y facilitar la efectiva participación de todos los ciudadanos en la organización política, económica, cultural y social del país".

humana. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, una regulación conjunta hubiese sido perturbadora y rechazable en la medida en que o bien se renunciaba a incluir la igualdad formal dentro del catálogo de derechos fundamentales, lo que implicaba perder una buena oportunidad para proteger con mayor vigor la situación del ciudadano frente al poder y frente a los demás grupos sociales, o bien se reconocía a la igualdad sustancial el carácter de derecho fundamental, lo que no parece posible, como tendremos ocasión de ver más adelante.

En efecto, la Constitución de 1978 ha querido resolver cualquier duda acerca de la naturaleza de la igualdad formal y, siguiendo el modelo de la Ley Fundamental de Bonn, ha evitado que se reprodujese en España la polémica de la doctrina italiana acerca del carácter objetivo o subjetivo del principio recogido en el artículo 3,1 de la Constitución de 1947. La igualdad ante la ley constituye un derecho fundamental, no ya porque se integre en el Capítulo II del Título I, sino sobre todo porque nuestro legislador ha tenido especial cuidado en incluirla dentro del catálogo de derechos cuya tutela se encomienda al Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo; la voluntad constituyente resulta indiscutible, pues la igualdad ante la ley, junto con el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30, son las únicas excepciones al principio general de que solo las libertades reconocidas en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I pueden hacerse valer ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53,2). En consecuencia, la igualdad jurídica -

no sólo se presenta como un derecho fundamental, sino que además es uno de los mejor protegidos.

Estas consideraciones, sin embargo, no nos eximen de la necesaria indagación acerca de la peculiar naturaleza de este derecho fundamental. Ciertamente, a primera vista puede parecer atípica la existencia de un derecho subjetivo a la igualdad si concebimos el derecho subjetivo en su sentido más tradicional como una facultad de hacer o como un poder jurídico sobre un objeto, ya que la igualdad de tratamiento no implica un poder del interesado, ni constituye un objeto bien sobre el que pueda recaer una pretensión ni, en definitiva, la igualdad puede realizarse por el titular del derecho. Más acertada parece la tesis de Lavagna, que concibe la igualdad como una pretensión a un determinado tipo de actividad legislativa (336), o la posición de Virga (337), para quien estamos en presencia de un derecho a exigir la legitimidad de la ley. Sin embargo, aunque se trate de aproximaciones útiles y esclarecedoras, creemos que estas soluciones tampoco resultan muy satisfactorias; la primera porque deja sin definir el contenido del derecho, pues no nos informa acerca del sentido que ha de adoptar la actividad del legislador para conformarse con el principio comentado, por lo que en definitiva se viene a concebir la igualdad como uno de los aspectos de una garantía más general; y lo mismo cabe decir de la posición de Virga, ya que el respeto al principio de igualdad constituye tan solo una -

(336) Lavagna, "Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana", en "Studi Cagliari", Paduva, 1953, p. 17

(337) Virga, "Liberté juridique e diritti fondamentali", Milano, 1947, p. 206.

de las exigencias constitucionales de la actividad normativa, cuya legitimidad depende de la observancia de todas ellas.

A nuestro juicio, resultará siempre infructuosa la - pretensión de concebir la igualdad como un derecho fundamental autónomo, ya que la igualdad por definición implica una relación entre dos cosas distintas (338). No existe, por tanto, - un derecho subjetivo a la igualdad jurídica, ya que ésta no - puede ser regulada por el legislador al carecer de un contenido propio. En otras palabras, la garantía de un tratamiento - igual no constituye un derecho subjetivo, sino un modo de ser de los diversos derechos subjetivos; no regula directamente - situaciones jurídicas subjetivas, sino que constituye un criterio acerca de cómo deben configurarse las distintas relaciones (339). Ello supone que la tutela de la igualdad no puede pretenderse aisladamente, sino con motivo de la privación o - de la restricción de un bien jurídico o de un derecho. Lo que sucede, y esto no es incompatible con lo que acabamos de indicar, es que nuestra Constitución ha elevado ese modo de ser - de los derechos subjetivos a la categoría de derecho fundamen

(338) La identidad constituye la negación de la igualdad, - pues "en rigor, la identidad absoluta o perfecta solo puede darse en cuanto cada cosa es idéntica a sí misma", Hübner Gallo, "la igualdad desde el punto de vista filosófico, político, jurídico y social", en *Anales de la Catedra F. Suárez*, núm. 12, fas. 2º, Granada, 1972, p. 115-116. Vid. También Vanquickenborne, - "La structure de la notion d'égalité en droit", en - "L'Egalité", cit. VI, p. 176 y ss.

(339) Vid. Mortati, "Istituzioni...", cit., vol. II, p. 1023.

tal a que la regulación de las relaciones sociales y de los derechos se verifique de una determinada forma; por esta causa se reconoce la tutela jurisdiccional mediante el recurso de amparo no sólo cuando el desconocimiento del principio de igualdad por parte del legislador, del juez o de la Administración., resulta lesivo para alguna de las libertades reconocidas en la Sección 1ª del Cap. II del Título I, sino que en general toda infracción del artículo 14 puede ser fiscalizada jurisdiccionalmente mediante alguno de los procedimientos previstos en el artículo 53,2, aunque el tratamiento desigual haya tenido por objeto un derecho subjetivo no fundamental o sencillamente afecte a un interés legítimo.

4.- Igualdad ante la Ley, Seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Hemos señalado anteriormente que la conversión del principio de igualdad jurídica en un criterio de legitimación de la actividad legislativa fue el fruto de un lento proceso de evolución, pues la interpretación estricta de la separación de poderes y la creencia de que la igualdad era sólo relevante en la fase de ejecución de la ley, había excluido lógicamente la fiscalización del legislador. Hoy esta tesis hemos de considerarla caduca, como luego tendremos ocasión de ver. Sin embargo, ello no quiere decir que en el Derecho de nuestros días se haya reducido la función garantizadora de la igualdad en el ámbito judicial y administrativo; por el contrario, la superación, unánimemente aceptada hoy, de las viejas ideas liberales acerca del poder judicial (340) o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de que el juez en mayor o

menor medida crea Derecho, y, en segundo lugar, la enorme ex p a n s i ó n de la actividad administrativa, que en muchos casos carece de una cobertura legal precisa y detallada, hace que los principios generales constitucionalmente reconocidos y, en concreto, el principio de igualdad, adquieran un valor muy notable como protectores de la seguridad jurídica y como cri t e r i o de interdicción de la arbitrariedad.

Aunque resulte obvio decirlo, la ley no es igual para todos los hombres ni tampoco absolutamente desigual, es decir, los ciudadanos no reciben todos el mismo trato, pero tampoco está sometido cada uno de ellos a un trato particular. Podría tal vez argumentarse que el principio examinado exige el tratamiento igual de los seres o de las situaciones idénticas, pero como estas no existen en ningún caso, la igualdad se convierte en un problema ideológico de valoración consistente en determinar qué diferencias deben tenerse en cuenta y cuáles, en cambio, despreciarse a la hora de regular un determinado hecho o situación (341). Por eso tiene razón Kelsen al afirmar que cuando se exige un tratamiento igual lo que realmente se quiere decir es que las desigualdades que efectivamente existen carecen de importancia en relación

(340) "Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, - más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes". Montesquieu "Del - Espíritu de las Leyes", cit. Libro XI, Cap. VI, p. - 156.

(341) Vid. Perelman, "Cinq leçons sur la justice" en "Droit, morale et philosophie", L.G.D.J. París, 1968, pp. 14-15.

con el trato que debe ser aplicado a los hombres (342). En consecuencia, hemos de aceptar como principio que el legislador selecciona, de acuerdo con ciertos criterios valorativos o políticos, determinados hechos o situaciones a los que vincula una determinada consecuencia jurídica. La ley así concebida en una norma general en cuanto que al establecer que - bajo ciertas condiciones deben producirse determinadas consecuencias jurídicas, resultará que siempre que se cumplan esas condiciones deberán sobrevenir los mismos efectos jurídicos. De esta forma, los ciudadanos pueden prever hasta cierto punto cómo serán tratados cuando concurra en su persona la situación contemplada por la norma. "Esta posibilidad de prever las decisiones de los órganos vinculados por normas generales, dice Kelsen, se denomina seguridad jurídica" (343). - Así pues, el sentido mínimo de la igualdad, que es la igualdad ante la ley, esto es, la aplicación indiscriminada de la ley, parece confundirse con la seguridad jurídica. El respeto al principio de igualdad no viene entonces impuesto como una regla de Derecho distinta de la propia norma general, sino como una exigencia de la aplicación regular de la misma - (344), es decir, como una exigencia de justicia entendida co

(342) "Justicia y Derecho Natural" en el volumen ya citado "Crítica del Derecho Natural", p. 80.

(343) "De este modo, añadirá Kelsen, se infiere que la -- igualdad consistente en que hombres iguales reciban igual trato resulta ser una consecuencia no de la justicia, sino de la lógica", "Justicia y Derecho Natural", cit., p. 87.

(344) Vid. Mortati, "Istituzioni...", cit., p. 1024.

mo regularidad, en términos de Rawls (345).

Estas consideraciones nos confirman en la tesis del carácter moderno y revolucionario de la igualdad jurídica, pues, como señala Legaz (346), la lucha contra la arbitrariedad en el Estado moderno se planteó en primer lugar en el terreno judicial. La idea del juez como mero autómatas, sin duda exagerada, era sin embargo una reacción comprensible frente al arbitrio judicial de la etapa anterior (347), y además resultó finalmente positiva para el desarrollo de la Ciencia del Derecho, en cuanto que favoreció un perfeccionamiento técnico tanto de la actividad legislativa como de la judicial. Desde esta perspectiva, tal vez podría argumentarse que en los sistemas modernos, donde los jueces se hallan sometidos a la ley y no gozan de amplio arbitrio, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad judicial se encuentran garantizadas por el principio de legalidad antes que por la igualdad; es más, en caso de conflicto prevalecería el primero sobre la segunda, entendida ésta como respeto del propio precedente (348), pues ciertamente en el sistema jerar

(345) "Teoría de la Justicia" (1971), trad. de María Dolores González, F.C. E., Madrid 1979, p. 270.

(346) "Filosofía del Derecho", cit., p. 623.

(347) Vid. Tarello, "Storia della cultura giuridica moderna" vol. I. cit., páginas 288 y s., 375 y s., 404 y 492. También Cattaneo, "Illuminismo e legislazione", Il Mulino, Bolonia, 1976, p. 75.

(348) Vid. Paladín, "Il principio costituzionale d'eguaglianza", cit., p. 155; Bötticher, "L'uguaglianza di fronte

quico de fuentes la ley ocupa un lugar superior al de la jurisprudencia. Pero ninguna enseñanza podemos derivar de esta prevalencia del principio de legalidad, ya que la igualdad entendida como aplicación regular e indiscriminada de la ley lo que requiere es tener en cuenta las decisiones anteriores, pero no exige un estricto e incondicionado respeto del precedente judicial, pues ello conduciría a la negación del cambio jurídico, a la sacralización del "Derecho viejo", cuya primacía fué una característica del orden jurídico de la Alta Edad Media (349); lo que implica la idea de igualdad es sencillamente la aplicación igualitaria de la ley vigente; - si el legislador modifica la norma, haciéndola más o menos favorable, aparecerá en efecto una cierta desigualdad con los precedentes, pero eso lo único que indica es que en la voluntad del legislador han cambiado los criterios que determinan los hechos o situaciones relevantes o las consecuencias jurídicas a ellos vinculados.

En segundo lugar, y esto nos parece más importante, el principio de legalidad no puede llegar a confundirse con la igualdad ni mucho menos hacer innecesaria su función, por

al giudice" en "Jus", 1956, p. 486; Chomé, "Le principe de l'égalité en Droit de la République Fédérale allemande", cit., p. 51. La aplicación indiscriminada de la ley supone resolver los casos iguales de la misma forma, por lo que desde este punto de vista la igualdad constituye el fundamento del respeto al precedente.

(349) Vid. García Pelayo, "Del mito y de la razón...", cit. p. 89 y s. y 129 y s.

que en ningún caso el ordenamiento jurídico resulta tan perfecto como para hacer innecesaria una labor creadora de los jueces, colmando las lagunas, resolviendo las antinomias y, en definitiva, interpretando el Derecho, una labor de interpretación en la que juegan un papel importante todos los principios constitucionales y singularmente el de igualdad (350). Al margen de la valoración que pueda hacerse sobre la creación judicial del Derecho, es evidente que el juez goza siempre de un ámbito mayor o menor de discrecionalidad o, lo que es lo mismo, que existiendo una sola solución justa en cada caso concreto, ésta no viene determinada en todos sus elementos por la ley. Por lo tanto, la legalidad no basta para satisfacer esta forma de justicia.

La Constitución no ofrece ninguna duda acerca de la eficacia del principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho; para ello no es preciso recurrir al artículo 117, según el cual "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley", sino que basta -

(350) Vid. Geny, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", cit., II, p. 119; Sacco, "II - concetto di interpretazione del diritto", Torino, 1947, p. 82 y ss; Legaz, "Filosofía del Derecho", cit. p. 534 y ss; Puig Brutau, "La jurisprudencia como fuente del Derecho", Bosch, Barcelona, 1951; Kelsen, -- "Théorie pure du Droit", cit., p. 190; Belaid, S., - "Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge" LGDJ, París, 1974, p. 102 y s.

con tener en cuenta los términos categóricos del artículo 9,1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la // Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", y es evidente que la igualdad ante la ley está garantizada tanto por la primera como por el segundo.

En sede jurisdiccional, creemos que el principio de igualdad presenta una triple dimensión. Garantiza, en primer lugar, la aplicación no discriminatoria de la ley, sin perjuicio de que ello resulte exigido además por el respeto a la legalidad; constituye, en segundo término, el fundamento de la jurisprudencia, en cuanto que protege la certeza y seguridad de las decisiones judiciales, que es tanto como decir - del Derecho práctico; y, por último, satisface una función de gran importancia como instrumento de interpretación del Derecho y, sobre todo, como fundamento y al mismo tiempo límite de la analogía (351)

La Administración pública, como el poder judicial, - realiza ante todo una actividad de ejecución del ordenamien-

(351) Vid. Bobbio, N., "L'analogia nella logica del Diritto", Istituto Giuridico della R. Università, Torino, 1938; "Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione", Revista internazionale di Filosofia del Diritto, XX, num. 4-5, 1940, p. 266 y s. Vid. también - Sacco, op. cit., p. 87 y 92 y s. Por su parte, Cossio C., afirma que la analogía jurídica es la justicia de la igualdad", "La plenitud del ordenamiento jurídico", Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Losada, Buenos Aires, 1939, p. 126 y s., 137 y s.

to jurídico y, en este aspecto, *viene* sometida también al principio de igualdad. Si en sede jurisdiccional la igualdad aparecía íntimamente ligada a la seguridad jurídica, cuando se trata de la actuación administrativa la igualdad evoca sobre todo el principio más general de la interdicción de la arbitrariedad, consagrado en el artículo 9,3 de la Constitución. En el plano administrativo, la interdicción de la arbitrariedad equivale sencillamente a constatar que las potestades atribuidas por el ordenamiento han de ejercerse con arreglo al derecho y no de forma discrecional; la / arbitrariedad, dice Legaz, " es la negación del Derecho como legalidad en tanto que legalidad y cometida por el propio justodío de la misma, es decir, por el poder público y sus distintos órganos" (352). En este sentido, el artículo 103 de la Constitución responde al propósito de evitar toda actuación arbitraria cuando declara que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; esta / última referencia al Derecho, que no es habitual en otros preceptos constitucionales que se remiten a la Ley, resulta a nuestro / juicio de una especial utilidad en orden a impedir que la Administración pretex-te una laguna de la Ley para actuar desviadamente, y debe interpretarse a la luz de los principios constitucionales, singularmente de los recogidos en el artículo 9.

La igualdad, como principio constitucional, satisface en este punto una finalidad de control de la potestad administrativa. En

(352) " Filosofía del Derecho ", cit., p. 611.

este aspecto, hoy es generalmente reconocido que los reglamentos han de ajustarse no solo a unos límites formales, sino también a unos límites sustanciales, entre los cuales destacan en primer / término los principios generales del Derecho (353); esta forma / de control goza de especial predicamento en Francia, sin duda por la existencia de una reserva reglamentaria, pero es aplicada también por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa (354). Y lo mismo cabe decir de la fiscalización sobre la discrecionalidad de los actos administrativos : el principio de igualdad ofrece un control sustancial acogido por nuestra jurisprudencia (355).

Además de servir al control de la actividad administrativa, tanto de los actos singulares como de los reglamentos, el principio de igualdad aparece implícitamente recogido en nuestro Derecho como fundamento del llamado precedente administrativo que, aunque carece de valor normativo, supone un cierto límite a la libertad de la Administración. Esta puede ciertamente cambiar de criterio en el ejercicio de la potestad, pero, según el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha de motivar los actos "que se / separen del criterio seguido en actuaciones precedentes "; con ello

(353) Vid. García de Enterría, T.R.Fernández, "Curso de Derecho Administrativo " 3^a ed., 1979, reimpresión 1980, Civitas, Madrid p. 177 y s.

(354) Vid. Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1.959, comentada por García de Enterría, "La / interdicción de la arbitrariedad "Rev.Administración Pública, n^a 30.

(355) Vid. García de Enterría, T.R.Fernández, "Curso", cit. p. 400 y s.; también de García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo"

se protege el principio de igualdad, ya que la motivación facilita un eventual control judicial que habrá de determinar la objetividad de las razones invocadas (356).

5.- La igualdad como regla constitucional vinculante para el legislador.-

Parecería en principio que la igualdad ante la ley, como postulado jurídico-formal, no debe vincular al legislador, en cuanto / que a éste corresponde precisamente la determinación de las situaciones que merecen un tratamiento igual, lo que supone en definitiva discriminar o clasificar ciertos hechos, diferenciándoles de / otros en su consideración jurídica. Y, en efecto, la justicia constitucional como hemos visto se negó durante bastante tiempo a ejercer un control sobre el legislador fundado en la infracción del / principio de igualdad; se consideraba, no sin razón, que la función legislativa era de naturaleza ideológica, ya que delimitar los supuestos que, siendo facticamente idénticos o diversos, han de someterse a la misma reglamentación o, a la inversa, decidir en qué / casos la regulación ha de ser distinta, constituye en primer lugar un problema ideológico y no jurídico. Ciertamente, en el terreno / de lo ideal, podría argumentarse que el principio de igualdad obliga al legislador a tratar de forma idéntica a todos los hombres; /

Civitas, Madrid, 1974, antes en el n° 38 de la Rev. Administración Pública, p. 42 y s.; Clavero Arévalo, "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del / ordenamiento administrativo ", Rev. Administración Pública n° 7, p. 88 y s.

(356) Vid. Ortiz Díaz, "El precedente administrativo" Rev. Admón. Pública n° 24, p. 75 y s.

esta regla no se fundaría obviamente en la igualdad real de todos los ciudadanos, sino, al contrario, en su desigualdad que, pese a existir, se consideraría jurídicamente irrelevante (357). Sin embargo, y al margen de que esta hipótesis de laboratorio supone ya un cierto juicio de valor, me parece por completo ilusoria, ya que / equivaldría a renunciar al propio ordenamiento jurídico, es decir, a la consecución mediante el Derecho de una determinada forma de organización social a través de la definición de conductas jurídicamente necesarias. Aceptando pues que existe una relativa desigualdad en relación con ciertas condiciones, el problema consistirá en dilucidar los criterios que han de ser tomados en cuenta por el legislador para definir los hechos o situaciones que merecen un trato particular. Pero decidir cuáles de estos fenómenos naturales o sociales son relevantes y cuáles irrelevantes nos sitúa ya en el / terreno de la política; un terreno en el que, sin embargo, el legislador no es absolutamente libre, pues se encuentra limitado por la Constitución que prohíbe " discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición / o circunstancia personal o social " (art. 14).

Lo que se trata de saber, por lo tanto, es el grado y condiciones de la libertad del legislador en lo que se refiere a la clasificación o discriminación de los individuos, es decir, el alcance del principio constitucional de igualdad como límite del poder legislativo; lo cual nos obliga a dilucidar el ámbito o la esfera / en la que opera dicho principio, así como su contenido.

(357) Kelsen, "Justicia y Derecho Natural", cit., p.79.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, debemos estimar que la declaración de igualdad no se refiere a un grupo / particular de materias o relaciones sociales, sino que tiene un carácter general y se configura como una regla constitucional / que opera en todo el ordenamiento jurídico. El hecho de que el artículo 14 haya especificado, en la línea del más consagrado / Derecho constitucional, un cierto número de criterios de clasificación prohibidos para el legislador (la raza, el sexo, la / religión, etc...)no debe llevarnos a la conclusión de que constituyen límites al principio general de igualdad, sino , por el / contrario, a confirmar con particular fuerza ese mismo principio en determinados ámbitos. Si el artículo 14 ha querido insistir / en que ciertas características no pueden adoptarse por el legislador como fundamento de regímenes jurídicos distintos, creemos que ello se debe, por un lado, a motivos históricos concretos, pues / así como la declaración de igualdad en la Francia revolucionaria se opone a la división estamental y en los Estados Unidos de la / segunda mitad del XIX surge como reacción a la discriminación racial (358), en España responde también a otras desigualdades bien conocidas y relativamente recientes, como la padecida por los llamados hijos ilegítimos, la mujer, los no católicos, etc...; y de otra parte, la ejemplificación aludida se debe también a una comprensible fidelidad histórica de nuestro texto constitucional que ha querido recoger en su artículo 14 un precepto ya clásico en / los documentos liberales.

(358) Vid. Las enmiendas 14, 15 y 19 a la Constitución de los Estados Unidos, de 1868, 1870 y 1920, respectivamente. "Textos básicos sobre derechos humanos ", cit.,p.85.

En cualquier caso, creemos que no debe entenderse la enumeración como un catálogo exhaustivo, sino como una simple confirmación de la regla general; ello parece deducirse además del artículo 1,1ª, en el que se eleva la igualdad nada menos que a la categoría de valor superior del ordenamiento jurídico, y de la propia redacción final del artículo 14, que concluye con una cláusula de extensión, síntoma evidente del propósito universalizador / de la Constitución en este punto.

El segundo problema que plantea el sometimiento del legislador al principio de igualdad hace referencia a la estructura / de la norma jurídica. Ya hemos señalado antes que la generalidad y la abstracción de la norma no constituyen exigencias del sistema mismo, sino que satisfacen postulados ideológicos del Derecho moderno : la seguridad y la certeza (359); no se trata pues de / caracteres esenciales de la norma jurídica, sino en todo caso de la norma justa y, más concretamente, de la Ley justa, puesto que existen verdaderas normas que son por naturaleza individuales y concretas, como las cláusulas de un contrato o las sentencias. Así pues, es necesario preguntarse hasta qué punto el principio constitucional de igualdad condiciona la formulación de las leyes y, particularmente, si es admisible la existencia de leyes/

(359) Vid. Bobbio, N., " Teoría della norma giuridica", Giappichelli, Torino, 1958, p. 233; Lumia, G., " Principios / de teoría e ideología del Derecho " (1973), trad. de A. Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1978, p. 38 y s.

personales, entendiendo por tales tanto las individuales, es decir aquellas que no son universales respecto del sujeto o destinatario, como las concretas, esto es, las que prescriben o contemplan una acción singular. Las desigualdades, tengan un fundamento objetivo o subjetivo, se resuelven siempre en una discriminación personal. Lo que sucede, sin embargo, es que este concepto de discriminación personal resulta ambiguo y difícil de concretar mediante la aplicación de reglas generales; es difícil hallar una solución satisfactoria en el plano dogmático, y, al igual que ha sucedido en Francia, en Italia o en Alemania, la noción de igualdad y su correlativa de discriminación habrán de ir definiéndose mediante la casuística del Tribunal Constitucional. Porque es evidente que no podemos adherirnos a una posición maximalista de considerar personal toda disciplina jurídica de situaciones determinadas o determinables en el momento de entrada en vigor de la ley; el supuesto característico sería el de la normativa retroactiva, cuya legitimidad sólo se pone en duda cuando se trata de disposiciones sancionadoras no favorables // (art. 9,3). Y tampoco puede aceptarse la posición contraria, que reputaría desigual toda ley dirigida a una o varias personas singulares; primero, porque el legislador puede lograr la desigualdad sin acudir a un procedimiento tan llamativo como es la referencia nominativa (por ejemplo, por medio de caracteres objetivos que solo reuniesen las personas a quienes se desea discriminar); y segundo, porque no siempre tal procedimiento debe considerarse contrario al principio constitucional de igualdad,

pues piénsese en las normas concretas que son simple ejecución de leyes abstractas o en aquellas otras que regulan toda una / clase de situaciones.

En consecuencia, de lo que se trata es de indagar en cada caso concreto si la norma sometida a examen responde a una / justificación objetiva o, en otras palabras, si haciendo abstracción de su estructura formal , puede afirmarse que es verdadera mente general, que no discrimina arbitrariamente. Y para ello / deben utilizarse lógicamente los procedimientos habituales de / interpretación, pero sobre todo será necesario poner en relación la finalidad de la norma con todo el conjunto de principios constitucionales para descubrir de esta forma si la clasificación / del legislador es objetiva o no arbitraria, es decir, si se fund da en alguna de las discriminaciones realizadas por la Constitución o por una ley general apoyada en ésta. En tal supuesto, la norma particular no será más que la ejecución de una norma general y verdaderamente normativa. Por el contrario, deberá discutir se la legitimidad de la ley que establezca un tratamiento diferenciado para una determinada clase de situaciones o relaciones sociales, cuando de su propio texto y del análisis general del / ordenamiento se deduzca la inexistencia de una peculiaridad que justifique la regulación singular , o cuando tal peculiaridad / carezca de "racionalidad" (360). Ello exige, ante todo, definir la noción de regulación especial y de racionalidad.

(360) Vid. Bobbio, N. "Per una classificazione degli imperativi / giuridici" en Scritti Calamandrei, Cedam, 1956, vol. I, p. 109 y s. Existe traducción castellana en "Contribución a la

La regulación especial se configura como una verdadera / antinomia del régimen general. La norma especial es aquella que regula un conjunto de supuestos pertenecientes a una categoría de relaciones, limitando la expansión de la norma general, potencialmente dirigida a reglamentar la categoría completa (361). Por lo que se refiere a la segunda cuestión, determinar en cada caso concreto si existe una objetividad o racionalidad justificativa es un problema ideológico y político y es evidente que / el Tribunal Constitucional no puede entrar en una fiscalización de esta naturaleza si no es sobre la base de los propios preceptos constitucionales. Aceptar que existan criterios objetivos / o racionales " per se " supone una ruptura en el ordenamiento / jurídico, en cuanto que la validez habría de buscarse en una / instancia metajurídica (la racionalidad) y ello es inaceptable desde una perspectiva normativista, ya que equivale a negar la unidad y la plenitud del ordenamiento, que habría de acudir a criterios externos para completarse como sistema. Por ello, es timamos que la invalidez de la ley solo puede pronunciarse cuando se apoya en un criterio inconstitucional. A estos efectos, / cabría distinguir tres supuestos distintos : a) preceptos que / prohíben expresamente la utilización por parte del legislador / de un determinado criterio discriminatorio, como por ejemplo, la raza, la religión, etc...; en estos casos, estimamos que resulta ría inconstitucional cualquier norma discriminatoria basada en/

teoría del Derecho " a cargo de A. Ruiz Miguel, F. Torres , Valencia, 1980, p.293 y s.

(361) Vid. Mortati, "Istituzioni...", cit., vol. II, p.1020.

estos criterios, sea general o especial, abstracta o nominativa; b) preceptos que autorizan, o incluso ordenan, al legislador el establecimiento de regímenes particulares en atención a determinados criterios discriminatorios ,como la edad, la situación / económica, etc...;c) Por último, el ámbito que podemos calificar de espacio constitucional vacío y que estaría integrado por todas aquellas peculiaridades, en verdad infinitas, que no han sido tomadas en cuenta por la Constitución en ningún sentido. Es evidente que el legislador puede dictar normas generales cuyo / ámbito de aplicación se defina en función de alguno de estos / criterios constitucionalmente irrelevantes, pero la validez de / una regulación especial exigirá que exista, como dice la jurisprudencia alemana, una razón lógica y evidente que resulte de / la naturaleza de la cosa y que justifique una diferenciación legislativa o un tratamiento desigual (362), con la particularidad de que esa razón lógica, a nuestro juicio, ha de referirse a los valores superiores que, según el artículo 1,1 propugna // nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, que la racionalidad de que habla Mortati se contrae en estos casos al examen de la finalidad perseguida por el legislador al establecer un régimen especial, que debe ajustarse a los criterios constitucionales.

Por otro lado, no es suficiente que exista un fundamento cualquiera que justifique la especialidad ni mucho menos cabe / aceptar una imprecisa invocación al interés general; es preciso

(362) Vid. Chomé, " Le principe de l' égalité..."cit.,p.46.

que exista una relación directa entre el hecho o particularidad que se alega como base de la distinción y la propia diferenciación normativa y que ésta sea adecuada y proporcionada al fundamento que la especialidad presupone (363). La indudable discrecionalidad de que goza el legislador no supone arbitrariedad, pues la flexibilidad con que debe realizarse el juicio sobre la adecuación y la proporcionalidad de la norma particular no puede / llegar hasta el punto de vaciar de todo contenido el sentido de la fiscalización.

6.- Titularidad del derecho fundamental a la igualdad .-

En uno de los primeros comentarios sobre la Constitución el profesor Varela, refiriéndose al artículo 9,2 , se sorprendía de la "irresponsable y caprichosa referencia a la libertad e igualdad de los grupos en el mismo plano que la libertad e igualdad del individuo " (364). Al margen de que no compartamos su juicio negativo, lo que ahora importa destacar es que la referencia a los grupos en el artículo 9,2, aunque pueda parecer original por su carácter expreso, se inscribe dentro de una tendencia general del Derecho Comparado a no circunscribir los/

(363) Vid. Paladín, " Il principio costituzionale...",cit., p. 203.

(364) S. Varela, "La Constitución española en el marco del Derecho constitucional comparado ", cit., vol. I, p. 22.

beneficios de la igualdad en favor solo de las personas físicas y, sobre todo, responde a los mismos principios que inspiran la igualdad ante la Ley. La referencia a los grupos en el artículo 9,2 no es, por lo tanto, una caprichosa concesión al derecho social superador del individualismo, sino la constatación de que en ocasiones la igualdad de las personas se realiza a través de los grupos en que se integra. Entre el artículo 9,2 y el 14 existen ciertas diferencias, pues el primero define una función promocional, de la que no se deriva ningún derecho subjetivo y, por lo tanto, ninguna titularidad y, en cambio, el artículo 14 recoge un derecho fundamental, en el que sí existen titulares. Sin embargo, los ~~dos~~ preceptos coinciden en la delimitación del ámbito, no de los titulares, sino de los beneficiarios. No es fácil comprender la crítica a los " grupos " del 9,2, si no se crítican también las especificaciones del art. 14, pues ¿ acaso la / raza, el sexo, la religión o la opinión no son otros tantos criterios definidores de grupos sociales : hombres, mujeres, blancos, católicos, judíos...? ¿ Cómo puede sorprender la innovación del art. 9,2 cuando la referencia a los grupos en la igualdad política es ya tradicional en todos los textos constitucionales?. Si los beneficiarios de esa función promocional que tiene por objeto hacer real y efectiva la igualdad son tanto los individuos como los grupos, así también los beneficiarios de la igualdad ante la ley, en la medida en que ésta impone un determinado comportamiento al legislador, al juez y a la Administración Pública, / son las personas físicas y los grupos que se definen en función del nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cual

quier otra condición o circunstancia personal o social. Lo que sucede es que estos grupos, en el contexto del art. 14, deben / ser irrelevantes para el legislador y para los órganos de ejecución del Derecho, en el sentido de que sobre ellos, acerca de / cuya existencia natural o social no cabe dudar, no puede fundarse ningún tratamiento discriminatorio, favorable o desfavorable; en cambio, los grupos del art. 9,2, singularmente las clases sociales, sí pueden ser tomados en consideración por el legislador para que la libertad y la igualdad entre los individuos sea real y efectiva.

Problema distinto al de los beneficiarios es el de los / titulares. La titularidad solo existe cuando hablamos de la igualdad ante la ley, ya que el artículo 14, a diferencia del art. 9,2 sí reconoce un derecho fundamental. Pues bien, los titulares de este derecho son tanto las personas físicas como los grupos, aunque por grupos hemos de entender ahora solo aquellos que gozan de personalidad jurídica (365), ya que solo ellos pueden exigir un determinado comportamiento por parte del legislador, de la Administración o del juez.

(365) La interpretación del art. 9,2 tal vez pueda plantear el problema de si por "los grupos en que se integra" (el individuo) debemos entender solamente los grupos organizados en que se integra voluntariamente la persona (la Iglesia, un partido político, etc...) o si, como creemos, / más seguro en el contexto del art. 9,2 debemos entender también aquellas agrupaciones humanas con relevancia sociológica.

En realidad, la cuestión de si las personas jurídicas y los extranjeros pueden ser titulares de este derecho es un falso problema, al menos a nivel de principios y mientras no exista/ una concreta prohibición legal, pues si analizamos la igualdad desde una perspectiva objetiva, como un límite a la actividad / legislativa, judicial y ejecutiva (366), lo que exige el principio es un determinado comportamiento tanto en la fase de crea--ción como en la de aplicación de la norma y parecería una excep--ción injustificada eximir de dicho comportamiento cuando la ma--teria afecte a personas jurídicas o extranjeros; al márgen de / que la mayor parte de los casos la regulación jurídica afectará tanto a unos como a otros.

Por otra parte, no puede obtenerse del texto constitucional ningún argumento en favor de la tesis excluyente; por el contrario, " los españoles ", que son los titulares de este derecho según el art. 14, es una noción contraria a " los extranjeros ", pero no a las personas jurídicas. Es más, en Alemania, en donde la Ley Fundamental de Bonn, se refiere a " los hombres " como / titulares del derecho, la jurisprudencia viene extendiendo los beneficios de la igualdad en favor de las personas jurídicas e incluso declarando que es aplicable a las " personas morales y a los grupos de personas que no posean personalidad civil"(367).

(366) Vid. Mortati, "Istituzioni...", cit., vol. II, p.1025.

(367) Vid. Chomé, "Le principe de L'egalité...", cit., p.41. Para la jurisprudencia belga vid. Ingber, L. "A propos de l'ega--lité dans la jurisprudence belge ", en el volúmen colec--tivo ya citado "L'Egalité", vol. I, p.5 y s.

En este sentido conviene insistir, en relación con el artículo 14 que reconoce un derecho fundamental, en las diferencias entre los beneficiarios y los titulares. Beneficiarios del tratamiento no discriminatorio son, en principio, todos los grupos humanos y no solo aquellos que gozan de personalidad jurídica, como lo prueba el hecho de que el propio artículo 14 prohíbe las distinciones fundadas en el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, etc... Titulares, en cambio son únicamente las personas, físicas o jurídicas, a quienes el ordenamiento les reconoce el derecho a obtener tutela jurisdiccional; bien entendido que dicha tutela procede no solo cuando la discriminación / afecta singularmente a una persona, sino también, lo que es mucho más probable, cuando el tratamiento desigual la perjudique en cuanto que miembro de un grupo.

Lo que sucede, sin embargo, es que el alcance del principio de igualdad ante la ley es distinto según se trate de personas físicas o de jurídicas. La división de las personas jurídicas en públicas, privadas, de fines políticos, mercantiles, benéficos, etc..., demuestran la imposibilidad de aplicar los mismos criterios que hemos considerado válidos tratándose de personas físicas. Es la propia ley la que discrimina a priori al establecer diferentes clases de personas jurídicas, aunque ello no supone que la igualdad jurídica carezca de toda relevancia en / estos supuestos. Naturalmente, nos hallamos ante un problema en el que resulta difícil, y tal vez de escasa utilidad, enunciar/

reglas generales que delimiten el alcance de la igualdad. En la jurisprudencia belga, por ejemplo, se entiende que tratándose / de individuos el acento debe ponerse sobre la igualdad de oportunidades : acceso a los estudios, a la profesión, etc... Cuando se trata de grupos, la atención se fija sobre todo en la no discriminación (368). Por su parte, la doctrina italiana piensa que la prohibición de distinciones personales no se refiere a las / personas jurídicas (369).

Por lo que se refiere a los extranjeros, sin duda creemos que están amparados también por el principio de igualdad ya que el artículo 13 les reconoce las libertades políticas, con la única excepción del sufragio en las elecciones generales.

7.- La especificación constitucional del principio de igualdad.-

Hemos visto que en su origen el principio de igualdad ante la ley resultaba eficaz principalmente en sede judicial y administrativa; tal vez ésta sea todavía hoy la función más importante que satisface el principio comentado, pues ya hemos comprobado las dificultades que existen para vincular al legislador a una regla tan general como es la igualdad. Pero si ésta, enten-

(368) Vid. Ingber, " A propos de L'egalité dans la jurisprudence belge ", cit., p. 5

(369) Vid. Esposito, "La Costituzione italiana ", cit., p.59.

dida en sentido amplio, se expresa en la regular aplicación de la norma, las especificaciones que contiene el artículo 14 (la raza, el sexo, la religión, etc..) constituyen, en cambio, límites a la libertad de clasificación del legislador, al margen de que como es lógico sean también obligatorias para los órganos encargados de ejecutar las leyes. El nacimiento, la raza, / el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social son, por lo tanto, criterios de discriminación jurídica absolutamente prohibidos por la Constitución. Se trata de elementos que el legislador no puede alegar como justificativos de una regulación específica, favorable o desfavorable. Es más, creemos que este precepto deroga la regla de la igualdad sustancial que, bajo la forma de una función / promocional, recoge el artículo 9,2; ello supone, por ejemplo, que el Estado no puede favorecer a la Iglesia evangélica o judía con el pretexto de lograr que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. Ni tampoco dictar una normativa protectora de los ahora llamados hijos no matrimoniales; podrá hacerlo, ciertamente, en favor de los niños huérfanos o / desamparados, pero sin fundar el beneficio en el estado civil / de sus padres o en el tipo de relaciones existentes entre ellos.

• Bien es verdad que estas consideraciones no suponen que los conceptos enunciados en el artículo 14 deban quedar de forma absoluta al margen de toda referencia legislativa. Lo que el precepto aludido prohíbe es que sobre la raza, el sexo, etc...

se funden discriminaciones, y aquí por discriminaciones hemos de entender las regulaciones especiales, en los términos anteriormente señalados, sean favorables o desfavorables; pero ello no / supone que estos elementos no pueden resultar relevantes a otros efectos, ni que se impida la regulación de aspectos o cuestiones que afectan de manera peculiar o exclusiva a determinada religión, raza o sexo. Los ejemplos son muy numerosos : piénsese, dentro / del Derecho del Trabajo, en los beneficios previstos en favor de la madre trabajadora o, en el ámbito jurídico-penal, en la relevancia del sexo para la tipificación de ciertos delitos o, en fin, en las normas que regulan el uso de la estadística. En todos esos supuestos no puede decirse propiamente que exista discriminación y, por lo tanto, no cabe oponer como causa de inconstitucionalidad de la ley la infracción del principio de igualdad.


No es este el lugar idóneo para analizar en detalle todas las implicaciones y problemas que pueden plantearse como consecuencia del reconocimiento constitucional de las comentadas especificaciones del principio de igualdad. Pero, aunque esta labor / rebasa por su extensión y densidad los propósitos del presente / trabajo, conviene llamar la atención sobre algunas cuestiones / que a nuestro juicio ofrecen especial importancia.

En relación con el nacimiento, la reciente reforma del Código Civil en materia de Derecho de Familia ha venido a poner / fin a un sistema gravemente discriminatorio. Es significativo en

este aspecto que en el Proyecto de Ley (370) el segundo de los epígrafes de su Exposición de Motivos se titule precisamente / " La idea de igualdad, clave de la reforma "; pues ciertamente, nuestra docificación llevó hasta sus últimas consecuencias la / ideología anti-igualitaria del Código Napoleón, estableciendo injustas distinciones entre los hijos de un mismo progenitor, / según hubiese nacido dentro o fuera del matrimonio y, en este / último caso, según hubiese podido o no contraer matrimonio. Nuestro legislador ha tenido que esperar a 1980 para aceptar que todos los hijos lo son por naturaleza (frente a los hijos adoptivos), cualquiera que sean las circunstancias de la relación / existente entre sus padres , y que los efectos de la filiación han de ser los mismos en todo caso. En este sentido, la reforma satisface los postulados de igualdad enunciados por la Constitución y exigidos por la noción de justicia vigente en la sociedad contemporánea.

Sin embargo, el Código mantiene una distinción nominativa que, aún careciendo de verdadera relevancia por lo que se refiere a los efectos de la filiación, perpetúa la separación entre dos clases de hijos. Bien es verdad que se han suavizado los calificativos, desapareciendo aquella hiriente terminología de legítimos e ilegítimos, y también es cierto que la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales puede justificarse por exigencias del procedimiento para la determinación de la filiación, pen

(370) Boletín Oficial de las Cortes, 14 de septiembre de 1.979
nº 71-I.



ro cabe preguntarse si era realmente necesario acuñar una nueva terminología diferenciadora, si no hubiese sido posible refundir las Secciones 2^a y 3^a del Capítulo IV del Título V ("De la de terminación de la filiación matrimonial " y " De la determina-- ción de la filiación no matrimonial "), tomando en consideración el matrimonio de los progenitores, pues ésta es una circunstan-- cia relevante en la determinación de la filiación, así como en / su eventual impugnación, pero sin derivar de aquí dos clases de filiación que tienen el peligro de consagrar de nuevo dos clases de hijos, los matrimoniales y los no matrimoniales (371). Por / otro lado, es posible que el legislador al proceder de esta for- ma no solo haya tenido en cuenta motivos "técnicos ", sino tam-- bién ideológicos, pues en definitiva se privilegia el matrimonio como fundamento de la familia en perjuicio de las relaciones es- tables no consagradas jurídicamente.

La referencia a la raza, aunque útil y digna de elogio, / parece responder, más que a la necesidad de eliminar de nuestro Derecho tratamientos discriminatorios fundados en la raza, al de- seo de ajustarse a los textos internacionales y de Derecho Compa- rado, pues hoy en España prácticamente han desaparecido las desi- gualdades jurídicas por motivos raciales. Tal vez pudiera pensar- se que con esta alusión específica se pretende aliviar la situa-

(371) Esta situación se hubiese atenuado de aceptarse la enmien- da 84 del Grupo Parlamentario Comunista, según la cual "En la inscripción de nacimiento en el Registro Civil no se / hará constar el estado de los padres ni el matrimonio de los mismos". Enmienda al artículo 109 del Código Civil.

ción de algunos grupos étnicos marginados, como los gitanos; sin embargo, creemos que esta labor de promoción viene exigida por / el principio de igualdad sustancial del artículo 9,2. El precepto que ahora comentamos se refiere únicamente a la igualdad ante la Ley y no parece que la discriminación que hoy pueda existir en relación con los gitanos sea de naturaleza jurídica, sino más / bien económica, social y cultural.

Por lo que se refiere al sexo, la propia Constitución establece alguna derogación del principio general de igualdad, como / la contenida en el artículo 57, relativo a la sucesión monárquica pero sin duda no es éste el problema más importante. A nuestro / juicio, la discriminación por razón de sexo tiende a manifestarse principalmente en el ámbito del Derecho civil y laboral : desigualdad de los cónyuges, desigualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas y, por último, desigualdad en la retribución por el trabajo. En los tres casos, los preceptos constitucionales respectivos insisten en la exigencia de igualdad (arts. 32,1 ; 23,2 y 35,1).

La igualdad de los cónyuges viene recogida en términos taxativos por el artículo 32,1 : " El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, con plena igualdad jurídica ". El / mandato constitucional ha obtenido un desarrollo legislativo adecuado en la última reforma del Código Civil con el establecimiento de la patria potestad compartida y las modificaciones del régimen económico de gananciales, completando así la Ley de 2 de Mar-

zo de 1975, de reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

En relación con el segundo problema, el artículo 23,2 establece que los ciudadanos " tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes " (372) ; aquí es necesario dilucidar hasta qué punto la remisión a la Ley puede constituir una derogación del principio de igualdad, es decir, en qué medida // los requisitos que exija la Ley deben hacerse compatibles con el respeto a la igualdad. En Italia se ha planteado un problema análogo relativo a la interpretación del artículo 51 de la Constitución, semejante al 23,2 de la Española, y la Corte constitucional, en sus resoluciones más avanzadas, ha estimado que la / discriminación solo puede venir fundada en la "naturaleza de las cosas " (373), noción que puede ser útil si se adoptan ciertas cautelas, ya que la naturaleza de las cosas evoluciona junto con la moral y las convenciones sociales; recordemos, por ejemplo, el servicio militar de la mujer, impensable hace unos años. La Corte constitucional, al igual que la jurisprudencia alemana /

(372) Por su parte, el artículo 35 establece que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo ".

(373) Vid. Mortati, "Istituzioni...", cit., vol. II, p. 1030; Nasso, "La Costituzione italiana...", cit., vol. I, p. 36 y s.

(374) parece atender hacia una mayor rigurosidad en el juicio de constitucionalidad de las leyes que establecen distintos tratamientos en razón del sexo. A nuestro juicio, y a la luz del artículo 23,2 y 35,1, únicamente cabe admitir las exclusiones recíprocas, de acuerdo con un criterio funcional (375).

Por lo que se refiere a la última cuestión enunciada (376) parece que el problema se soluciona mediante el principio de // "a igual trabajo, igual salario ", si bien puede caber la duda / de qué se entiende por trabajo, si el rendimiento efectivo o el número de horas de actividad; estimamos que el respeto de la // igualdad exige un planteamiento particularizado, según los sectores laborales y la naturaleza del concepto retributivo. Cuando / el salario se fije de acuerdo con el rendimiento o cuando se trate, por ejemplo, de primas a la productividad, es evidente que el régimen de la trabajadora deberá ajustarse a este sistema. En definitiva, la igualdad no es propiamente de retribución, sino de sistema salarial.

(374) Vid. Chomé, "Le principe de l'égalité...", cit., p. 56 y s.; Paladín, "Il principio costituzionale..." cit., p. 249 y s.

(375) Vid. Biscaretti di Ruffia, "Derecho Constitucional", trad. de P. Lucas, Tecnos, Madrid, reimpresión, 1973, p. 679.

(376) " Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, ... y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo ". Art. 53,1.

La prohibición de tomar en consideración las ideas religiosas como fundamento de una regulación específica tiene en nuestro país una extraordinaria importancia, pues no puede olvidarse que España ha sido centro de ortodoxia e intolerancia política y religiosa. En este aspecto, puede decirse que el nuevo texto constitucional, al proclamar la libertad religiosa y la no confesionalidad del Estado, representa una excepción en la moderna historia de España, siempre entre la persecución y la simple tolerancia vigilada, pero que en muy pocas ocasiones ha vivido un periodo de auténtica libertad (377).

No obstante, parece que la propia Constitución y el ordenamiento jurídico no han sido capaces de llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de que "ninguna confesión tendrá carácter estatal" enunciado en el artículo 16,3; ello hubiese// exigido, a nuestro juicio, una exquisita neutralidad religiosa / por parte de los poderes públicos, elemento imprescindible para una efectiva igualdad en esta materia. Sin embargo, el propio artículo 16,3 incluye dos principios de discriminación, el primero consiste en afirmar que "los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán / las consiguientes relaciones de cooperación" con las diversas confesiones, lo que constituye una declaración de que las creencias religiosas y las iglesias son dignas de una protección especial y, por lo tanto, que la religión es un factor social positi

(377) Vid. sobre este tema mi trabajo, ya citado, "Relaciones / Iglesia - Estado a la luz de la nueva Constitución : problemas fundamentales", p. 307 y s.

vo. En principio, ello no tiene por qué traducirse en efectiva / discriminación frente a los ciudadanos no religiosos, pero sí parece que dicha cláusula pudiera servir de cobertura constitucional para que el legislador realizase una ley discriminatoria. En segundo lugar, existe al menos una discriminación lingüística en la mención expresa de la Iglesia Católica; en efecto, según el / precepto citado, las relaciones de cooperación se mantendrán "con la Iglesia Católica y las demás confesiones". Ciertamente, la distinción es puramente formal y no supone que el Derecho eclesiástico, es decir, el Derecho del Estado regulador de la libertad / religiosa y de sus implicaciones, deba necesariamente favorecer a la Iglesia Católica, pero , en cualquier caso, se trata de un principio de discriminación que juzgamos desafortunado.

Esta discriminación formal viene acentuada por el diverso sistema de fuentes que se ha escogido para regular el derecho de libertad religiosa, según se trate de la Iglesia católica (tratado internacional) o de las demás confesiones (ley interna) / (378), Pero naturalmente, esta disparidad formal se traduce en / concretas discriminaciones sustanciales que sería enojoso enume-

(378) En parte, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa reduce esta discriminación al establecer que el Estado podrá establecer Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y comunidades religiosas inscritas en / el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España ". Estos acuerdos tendrán, por otra parte, valor de ley, ya que han de ser aprobados por el Parlamento, lo que parece un meritorio esfuerzo del legislador por atenuar las desigualdades entre la Iglesia católica y las demás confesiones, aunque por exigencias organizativas evidentes, estos acuerdos se limiten a las Iglesias que hayan alcanzado notorio arraigo en España.

rar aquí; piénsese, a título de ejemplo, en la presupuesto de culto y clero, exenciones fiscales, servicio militar, asistencia en las fuerzas armadas, reconocimiento civil del matrimonio contraído en forma canónica, etc... No obstante, resulta difícil determinar ahora hasta qué punto se perpetuarán estas discriminaciones ya que todo depende del número y del alcance de los futuros acuerdos con las " demás confesiones ", en los que incluso pudiera establecerse un régimen análogo al que goza la Iglesia Católica. Y depende también del propio desarrollo constitucional, pues en la reforma del Derecho matrimonial puede, y a nuestro juicio debe, establecerse o bien un sistema de matrimonio civil obligatorio o bien, como parece más acorde con el artículo 32 de la Constitución, un sistema que reconozca efectos civiles a todo matrimonio contraído en forma religiosa, católica, judía, etc..., con el único límite del orden público.

Finalmente, el artículo 14 prohíbe toda discriminación / que se funde en la opinión, expresión más correcta que la utilizada por la Constitución italiana que habla de opinión política, ya que evita cualquier interpretación restrictiva del concepto de lo político, aunque lógicamente sea en este ámbito en el que adquiere mayor relevancia el precepto constitucional. Según lo indicado anteriormente, el precepto se refiere tanto a las personas físicas, como a las jurídicas, por lo que exige también / un tratamiento no discriminatorio de los partidos políticos y / de las organizaciones sindicales.

En líneas generales, el problema de la desigualdad de los individuos por motivos de opinión se confunde con el problema de los límites a la libertad, pues la manifestación de las opiniones no constituye causa de discriminación, salvo cuando son delictivas (por ejemplo, la llamada apología del terrorismo). Tal vez podría sostenerse que las cautelas establecidas en el artículo 28 a la libertad de sindicación de los militares y funcionarios resulta discriminatorio y, por lo tanto, una excepción a los artículos 14 y 23,2; sin embargo, y al margen de que también aquí se trata de una limitación al ejercicio de un derecho, parece que la desigualdad no se funda en la opinión, pues no se distinguen diversas categorías de funcionarios según su opinión, sino , por el / contrario, creemos que la discriminación se justifica en la / " función pública ", que limita la libertad del funcionario a integrarse en el sindicato más acorde con sus opiniones.

También el problema de la igualdad de los partidos políticos se torna en un problema de libertad, pues en / principio el ordenamiento jurídico no establece más discriminación que la tipificación de conductas delictivas. Ello no / quiere decir, sin embargo, que el Derecho no consagre algunas desigualdades entre los partidos, como las derivadas de la regulación del acceso a los medios de comunicación públicos en

periodo electoral o de las subvenciones por el mismo motivo, pero lo cierto es que no se fundan en la opinión o ideología de los grupos en cuestión, sino en el número de votos obtenidos.

Por último, el artículo 14 establece que no podrá prevalecer discriminación alguna " por razón de ... cualquier otra condición o circunstancia personal o social". La amplitud con que ésta formulada esta referencia tal vez pudiera hacernos pensar que aquí el legislador ha querido recoger un principio de igualdad sustancial; sin embargo, creemos que esta interpretación supondría introducir en el artículo 14 un factor de perturbación, pues ya hemos indicado e insistiremos sobre esto más adelante, que la igualdad formal y la sustancial en el plano jurídico son de naturaleza distinta, aunque ideológicamente respondan a un mismo criterio de legitimación, y por lo tanto deben regularse separadamente. A nuestro juicio, la referencia comentada es una cláusula de extensión / analógica que, sobre todo, sirve para poner de relieve que el catálogo del artículo 14 no tiene carácter exhaustivo, pero que en todo caso debe interpretarse de forma homogénea, en relación con las demás especificaciones contenidas en el precepto. Por ejemplo, cabe incluir dentro de esta referencia la prohibición de discriminar en razón de la lengua; pero el alcance de la prohibición no será distinto al que pueda reconocerse a la raza, la religión, etc...

8.- La igualdad sustancial

Como señalábamos al comienzo del capítulo, la igualdad representa -/ ante todo un problema de definición ideológica. El Derecho moderno, que nació como el triunfo de la igualdad sobre los privilegios estamentales, fué pronto calificado como el reino de la desigualdad por consagrar un tratamiento idéntico de situaciones diversas. Por ello, es necesario preguntarse —/ hasta qué punto sigue siendo cierto que el Derecho abstracto consagra la desigualdad o, más exactamente, hasta que punto el concepto de Derecho que se desprende de nuestra Constitución consagra un orden jurídico dissociado de / la realidad histórica concreta, una igualdad jurídica que haga abstracción de las determinaciones sociales y sea, por lo tanto, condición de la desigualdad de hecho. Ciertamente, sería un optimismo ingenuo suponer que la -/ Constitución es capaz por si sola de lograr la igualdad sustancial, es de—cir, la universalización de la igualdad más allá del terreno estrictamente jurídico-político de la ciudadanía; para ello se necesita además una voluntad política concreta que haga reales y operativas determinadas directrices constitucionales y, sobre todo, con carácter previo, se precisa una voluntad social. Pero lo que importa destacar es que la organización jurídico-polititica que configura la Constitución no supone necesariamente una consagración de la desigualdad social, sino que, por el contrario, puede representar un instrumento eficaz para su superación: el tratamiento desigual de las situaciones desiguales, precisamente para que éstas desaparezcan.

Dice el artículo 9,2 : "Corresponde a los poderes públicos promover -/ las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los / grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos -/ que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Aunque más adelante insistiremos sobre este punto en el plano del -/ análisis jurídico, conviene advertir ahora que no existe contradicción alguna entre la igualdad ante la ley del artículo 14 y la igualdad sustancial recogida en el artículo 9,2. Afirmar que la igualdad jurídica y la igualdad material son términos contradictorios equivale a sostener la incompatibilidad de la libertad y la igualdad; en primer lugar, es un hecho histórico sobradamente conocido que la igualdad política se logra a pesar del liberalismo y, en segundo lugar, la cancelación de la "sociedad disociada" no supone un regreso al mundo de los privilegios medievales, en el que ciertamente no existía esa separación entre el burgués y el ciudadano de la que habla Marx en la "Cuestión judía", sino, por el contrario, la generalización de la —/ igualdad más allá de la esfera política, que desaparece como tal esfera separada, distinta y ajena a la vida real del hombre. Pero hechas estas consideraciones, que quieren poner de relieve la continuidad lógica e histórica del problema de la igualdad, creemos que es lícito afirmar que el precepto contenido en el artículo 9,2 satisface un postulado ideológico del socialismo o, al menos, de una cierta forma de entender el socialismo dentro de los esquemas democráticos y no contra ellos; en otras palabras, el artículo —/ 9,2 legitima constitucionalmente una política jurídica enderezada a conseguir que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Ahora bien, —/ ¿como encaja en la desigualdad del Derecho burgués un precepto como el del artículo 9,2? ¿Acaso el mandato en él contenido es pura fantasía, simple / declaración de buenas intenciones, o tal vez el concepto del Derecho que de nuestra Constitución se desprende ha dejado de ser burgués? Un intento de dar respuesta a estas preguntas nos exige estudiar brevemente la génesis -/ ideológica del precepto comentado, así como las posibilidades que éste ofrece en orden a una superación de la simple igualdad política.

Es ya un tópico hablar del desinterés que ha mostrado el pensamiento -/ marxista hacia los estudios jurídicos y, por fortuna, en la actualidad esta

afirmación comienza a ser también falsa(379). Es cierto sin embargo, que -/ desde los escritos juveniles de Marx, singularmente la Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel y La Cuestión Judía, hasta los estudios recientes -/ ha existido un general abandono, casi diríamos un rechazo, de los análisis jurídicos por parte del marxismo. Precisamente, uno de los motivos que se / han aducido para ello es el carácter formal de la igualdad, y formal en este contexto equivale a falso o estéril.

Para Marx, la igualdad es ante todo un problema económico; en el capitalismo la ley del valor es la ley del intercambio equivalente, lo que supone la igualdad de valor de las mercancías, pero también la igualdad de los contratantes. El empresario y el trabajador se presentan como mercancías -/ iguales y deben reconocerse recíprocamente como propietarios privados, pero lo paradójico es que el primero goza de una situación privilegiada porque / su mercancía (el dinero) va a obtener una fuerza de trabajo cuyo valor es / superior a su valor de cambio, al producir más de lo que "su propietario" / recibe como contraprestación. En realidad, dice Marx, el trabajador no es propietario de nada (380) y por eso el Derecho igual es en realidad el Derecho del más fuerte, es el tratamiento igual de relaciones desiguales (381).

(379) Vid. Cerroni, U., "Introducción a la Ciencia de la sociedad" (1976), - trad. de Domenec Bergada, Grijalbo, Barcelona, 1978, p. 143 y s.

(380) "El Capital. Crítica de la economía política", trad. de W. Roces, 8ª reimpresión de la 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México 1973, vol. I, p. 126.

(381) Vid. "El Capital", cit., I, p. 219 y s. Vid. también Colletti, L., -/ "Ideología y sociedad" (1969), trad. de A. Bozzo y J.R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1975, p. 135 y s.

Sobre esta base construye Marx su análisis del "fetichismo" de la mercancía: la vida social se convierte en una serie de relaciones en las que el hombre interviene del mismo modo que las cosas (382) y estas relaciones aparecen / sancionadas por las categorías jurídicas. En consecuencia, la igualdad jurídica contempla una sociedad en la que las personas aparecen separadas y cuyo único lazo asociativo sería el de sus relaciones objetivas, cosificadas, de manera que esa igualdad hace abstracción de las determinaciones sociales concretas.

Ahora bien, aún admitiendo la naturaleza formal de la igualdad política e incluso el clasismo del Derecho, no se entiende por qué se rechaza la idoneidad del orden jurídico como instrumento de cambio social racionalizado, ni por qué se considera estéril su estudio. Considerando el Derecho como un conjunto de normas coactivas organizadoras de la convivencia, será necesario averiguar la razón por la cual el Derecho que hoy consagra la desigualdad, en otro momento no pueda servir para sancionar la igualdad. Es verdad que podría argumentarse, como hace Engels, que una vez lograda la igualdad ya no se precisaría el Derecho, pero, al margen del fuerte utopismo que encierra esta concepción, ello no excluiría la vigencia de un orden jurídico, ni durante la etapa de transición, presumiblemente larga, ni después en la sociedad comunista como una nueva forma de organización de la igualdad en un mundo en el que, si han desaparecido las desigualdades sociales, perdurarán, al menos, las naturales (383).

(382) Vid. Cerroni, "La libertad de los modernos", cit., p. 79. Poulantzas, N., "El examen marxista del Estado y del Derecho actuales y la cuestión de la alternativa", en "Marx, el Derecho y el Estado", trad. de J.R. Capella, Oikos-Tau, Barcelona, 1969, p. 77 y s, sobre todo, p. / 88 y s.

(383) Vid. Engels, F., "Anti-Dühring...", cit., p. 304 y s.; Lenin, "El Estado y la Revolución", cit., p. 24 y 108 y s.; vid. también, Peces-Barba, "La Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios", en "Libertad, Poder, Socialismo", cit., p. 261 y s.

A nuestro juicio, lo que ha sucedido en un sector importante de los --/ estudios marxistas es que no han podido evitar caer en una de las deforma-- ciones ideológicas más comunes, ya denunciada por Marx, consistente en uni-- versalizar lo que no es más que un fenómeno particular, histórico: el Estado y el Derecho modernos se han entendido, tal vez inconscientemente, como el Estado y el Derecho universales y eternos; de esta forma, lo que son caracte-- res peculiares del Estado liberal y del Derecho burgués operan en el análi-- sis como la esencia de un Estado ahistórico, o sea, ideal (384). Si Marx --/ criticó que en la sociedad burguesa los intereses y valores particulares --/ (históricos) quieren hacerse aparecer ilusoriamente como universales (385), en muchos estudios marxistas sobre el Estado y el Derecho los caracteres --/ particulares adquieren la forma no menos ilusoria de rasgos esenciales a to-- da forma de orden jurídico-político. Así se explica el juicio de Lenin: "el pensamiento de Marx consiste en que la clase obrera debe destruir, romper la

Esta tesis puede encontrarse también en la "Crítica del Programa de / Gotha" de Marx, R. Aguilera, Madrid, 4ª ed., 1971, p. 23 y s. El Dere-- cho y la justicia no pueden encontrarse jamás porque cuando la desigual-- dad desaparezca el propio Derecho quedará superado, pues nada habrá /. que reglamentar entre personas cuyas condiciones de vida son iguales. / Vid. Stoyanovitch, "Marxisme et Droit", LGDJ, Paris, 1964, p. 137 y / 374 y s. Vid. también nuestras consideraciones en el apígrafe primero de este capítulo.

(384) Probablemente, el origen de esta confusión se halle en "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado" (1844), Ed. Fundamentos Madrid, 1970. Vid. sobre esto Colletti, "Ideología y sociedad", cit., p. 151 y s.

(385) "... convierten las condiciones de estos determinados individuos en / las condiciones del "hombre" en general y tratan de explicarse los --/ pensamientos que estos determinados individuos se forman acerca de --/ sus propias condiciones como pensamientos acerca "del hombre". Con --/ ello se retrotraen del terreno histórico real al terreno de la ideo-- logía y pueden, en su desconocimiento de la trabazón real y con ayuda del método ideológico "absoluto" o de otro método ideológico cualquie-- ra, construir fácilmente una trabazón fantástica", Marx-Engels, "La / ideología alemana", trad. de W. Roces, Pueblos Unidos-Grijalbo, Barce-- lona, 1972, p. 544.

máquina estatal existente y no limitarse simplemente a apoderarse de ella", (386).

Y, sin embargo, el orden jurídico del liberalismo, es decir, el tratamiento igual de situaciones desiguales, no sólo no es el único Derecho posible, como por lo demás resulta obvio si contemplamos la organización medieval o la del Antiguo Régimen, sino que además la sociedad y el Derecho nacidos de la Revolución han sufrido cambios y modificaciones tan sustanciales que resulta difícil seguir manteniendo los mismos esquemas de interpretación. No nos referiremos ahora al sufragio universal o, al derecho de asociación, que no son evidentemente una conquista liberal, aunque sí resulten -/coherentes con sus planteamientos originarios. En este sentido, no compartimos el optimismo juvenil de Marx cuando observaba que la reforma electoral constituye la industria de la disolución del Estado político abstracto, pues ello supone una crítica al Derecho desde las propias categorías jurídicas. (387). Nos referimos ahora a las propias transformaciones que se han generado en la sociedad moderna como consecuencia, entre otras causas, del sufragio universal e igual y del reconocimiento del derecho de asociación; transformaciones que, a nuestro juicio, modifican el supuesto de hecho sobre -/

(386) "El Estado y la Revolución", cit., p. 51. Lenin comenta aquí un fragmento de "La guerra civil en Francia" de Marx.

(387) "Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel", cit., p. 151. El propio Engels en la Introducción de 1865 a la Guerra civil en Francia no ahorra elogios al sufragio universal. Hay edición española de esta obra en Ediciones de Cultura Popular, Barcelona, 1968. Lo mismo puede decirse de la afirmación de Ripert: "la igualdad ante la ley sólo ha servido para originar la desigualdad social; es una igualdad formal, impide el esfuerzo necesario para establecer la igualdad material", "Les forces créatrices du Droit", LGDJ, Paris, 1955, p. 305. Por el contrario, parece manifiesto que la desigualdad social es anterior, lógica e históricamente, al principio de igualdad ante la ley: que el tipo de desigualdad social de la sociedad capitalista exija un Derecho igual no supone que ésta sea siempre y necesariamente el reflejo de la desigualdad material.

el que se ha querido hacer descansar toda la crítica del "Derecho abstracto". Hoy, en efecto, ya no se puede mantener seriamente que la nuestra sea una / "sociedad disociada de sujetos atomizados en la actividad productiva" (388) , ni consiguientemente que el Estado sea una esfera política depurada de las determinaciones sociales, una esfera de plena igualdad política y jurídica que existe en la medida en que presupone las diferencias sociales (389). / Obviamente, todavía no se ha cancelado la escisión entre el bourgeois y el citoyen, entre el individuo trabajador y el ciudadano, ni se ha producido / aquella emancipación política (390), pero es innegable que fenómenos como el sindicalismo, el sufragio universal o las transformaciones del régimen parlamentario son otros tantos síntomas de que se está produciendo una -/ cierta "publificación" de la sociedad civil, de que el Estado, y su igualdad política, ya no pueden vivir al margen de la realidad cotidiana del -/ hombre trabajador, porque éste es consciente de que no logrará su emancipación como simple propietario de su fuerza de trabajo, como contratante jurídicamente igual al empresario, según quería Constant (391), sino como -/ ciudadano, ejerciendo sus derechos políticos y exigiendo del poder un comportamiento positivo, no simplemente garantizador y represor. No es el momento de analizar con detalle estos síntomas, pero nos referiremos a uno de los mas notables: el nuevo sentido de la representación política y, conectado -/

(388) Vid. Cerroni, "Introducción a la ciencia de la sociedad", cit., p. 155

(389) Vid. "La cuestión judía", cit., p. 165 ys. y "Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel", cit., p. 145 y ss.

(390) Sobre las diferencias entre emancipación política y emancipación humana en Marx, vid. Miliband, "Marx y el Estado", en "Marx, el Derecho y el Estado", cit., p. 49 y s.

(391) "Principios de política", cit., p. 59.

con ello, el alcance de las funciones del Estado contemporáneo. La libertad política ya no consiste en delegar simplemente la gestión de los asuntos -/ comunes en un cuerpo político separado; ni la delegación es incondicionada ni los asuntos comunes se reducen a la garantía de los derechos-autonomía / y a la represión de las conductas antisociales. Mediante el sufragio universal, los ciudadanos no eligen a un grupo de notables que hayan de encargarse de las enojosas e imprescindibles funciones públicas para poder dedicarse así, con la tranquilidad y seguridad suficientes, al logro de su felicidad mediante el cultivo de las virtudes privadas y el ejercicio de los negocios en un mundo de individuos jurídicamente iguales, simples portadores de una mercancía; por el contrario, no se vota a las personas, sino a los programas o, al menos, a las personas en cuanto representan un programa y ello sin duda crea un cierto "consenso" entre el elector y su representante integrado en un partido político, lo que entraña la aparición en las instituciones de poder de un cierto grado de determinación social (392). A su vez, ello ha propiciado una ampliación extraordinaria de las funciones del Estado que, lejos de limitarse a garantizar un orden social mínimo, pretende implantar en el tejido social una cierta forma de concebir la justicia: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad...sean reales y efectivas"(art. 9,2) (393). De esta forma, el Estado contemporáneo ha reducido las distancias entre la política y la sociedad,

(392) Tiene razón Cerroni cuando dice que las modernas instituciones representativas "llevan a la vida política aspiraciones de modificación de la sociedad, es decir, introducen en la esfera política determinaciones sociales, no limitándose ya a delegar el ejercicio de la soberanía y exigiendo, por el contrario, que dicha soberanía se ejerza en una dirección diferente a la de la etapa liberal: para resolver los problemas sociales", "La libertad de los modernos", cit., p. 213

(393) Vid. Bobbio, "Dalla struttura alla funzione", Ed. di Comunità, Milán, 1977, y Peces-Barba, "La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho", cit., p. 19 y s.

ha puesto de relieve su íntima relación, y, en su explícito condicionamiento social, ha privado de fundamento a toda interpretación extrema del atomismo social.

En definitiva, la práctica de la sociedad contemporánea parece estar dando la razón a Rousseau, en el sentido de que la felicidad del hombre tiende a reivindicarse cada día más en el marco del Estado, gracias al ejercicio de los derechos políticos; es decir, que la acción política se concibe como -/ condición indispensable para la emancipación humana y no como simple garantía del tráfico privado. Como se ve no planteamos aquí las posibilidades -/ que ofrece una evolución social a partir de los fundamentos del capitalismo; por el contrario, lo que parece estar en crisis no son los fenómenos superficiales, sino esos mismos fundamentos. Es lógico que estas transformaciones no hayan propiciado un Derecho nuevo y absolutamente distinto al que tomó / forma en el siglo XIX, entre otras cosas porque las categorías jurídicas -/ suelen ser más estáticas que los movimientos sociales; es más, creemos que determinadas conquistas del liberalismo son irreversibles: la libertad política, la igualdad ante la ley, el sufragio universal, la separación de -/ poderes, el principio de legalidad, la seguridad jurídica... no pueden hoy cuestionarse en nombre del igualitarismo social, pues no sólo no lo contradicen, sino que constituyen su presupuesto necesario (394). Por otro lado, el progreso no es lineal ni exento de sobresaltos; las transformaciones aludidas se enmarcan, como toda evolución histórica, dentro de un proceso contradictorio. Piénsese, por ejemplo, en el peligro real de burocratización / de los partidos políticos y de los sindicatos, en los obstáculos que se oponen al ensayo de fórmulas de democracia directa, en el mantenimiento de la llamada economía de mercado, etc.

(394) Es significativo, en este aspecto, que las Constituciones socialistas no hayan prescindido de estos principios. Sobre los peligros del igualitarismo, vid. el trabajo de Friedrich; "La crise de l'égalarisme" en "L'Egalité", cit., vol. I, p. 306 y s.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el Derecho contemporáneo, y nuestra Constitución es un claro ejemplo, ni se ajusta al modelo liberal de cimonónico y, en consecuencia, no puede ser criticado a partir de una exégesis literal de los textos marxistas, ni tampoco coincide, ni en su concepto actual ni en sus tendencias evolutivas, con el Derecho "pensado" por los -/ clásicos del socialismo, que era en cierta forma un "no Derecho", precedido paradójicamente de un fortalecimiento del orden jurídico coactivo (395). -/ La sociedad contemporánea, dinámica y contradictoria, con un poder político cada vez más socializado y con un poder económico en el que, al contrario, se aprecian tendencias monopolizadoras (396) exige un nuevo Derecho o, más exactamente, ha provocado ya un nuevo Derecho, ambiguo y contradictorio, -/ según Cerroni o, lo que es igual mixto (397); un Derecho que "partiendo del concepto liberal y manteniendo los importantes elementos positivos de éste, tiende hacia nuevas formas y funciones del Derecho, auténticas alternativas para hacer real el ideal de libertad, igualdad y fraternidad" (398). Este / nuevo concepto del Derecho recogido en la Constitución, que consagra principios irrenunciables del liberalismo, pero también otros que pueden constituir un obstáculo a las transformaciones igualitarias, es evidente que no -/

(395) Sobre el concepto y la función de la dictadura del proletariado, vid. los estudios de Elías Díaz, "El Estado democrático de Derecho y sus -/ críticos izquierdistas", en "Legalidad-legitimidad en el socialismo - democrático", cit., p. 171 y s. "Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado", en Revista Sistema, nº38-39, octubre, 1980, p. 29 y s.

(396) Vid. Colletti, "Ideología y sociedad", cit., p. 158.

(397) Vid. Cerroni, "La libertad de los modernos", cit., p. 214; Peces-Barba, "La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho", cit.,

(398) Peces-Barba, "La nueva Constitución española....", cit., p. 27.

basta por sí mismo para lograr que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, pues se necesita una voluntad política que ponga en marcha los procedimientos concretos que sirvan de cauce a esa emancipación y, antes / incluso, se necesita la voluntad de la mayoría de los ciudadanos; pero si preceptos como el contenido en el artículo 9,2 no son suficientes, resultan no obstante imprescindibles para lograr esa igualdad sustancial, que debe / entenderse como el desarrollo coherente de la igualdad ante la ley (399). Su constitucionalización ha sido un acierto indudable, pues se ha conseguido / integrar dentro de la norma fundamental, que define el ámbito de la legitimidad positiva, un conjunto de valores que presumiblemente dominarán la evolución del Derecho durante bastante tiempo. De lo que en una Constitución / de corte liberal hubiese sido crítica del sistema y, por consiguiente, un peligro para la paz, en la Constitución de 1978 se ha hecho crítica dentro del sistema.

La dificultad de hallar una alternativa global al concepto liberal del Derecho se pone en evidencia en la regulación constitucional de la igualdad sustancial o de hecho, pues a diferencia de la igualdad jurídica que, como / hemos visto, se configura como un verdadero derecho subjetivo fundamental, el principio recogido en el artículo 9,2 constituye, en cambio, un programa

(399) Tal vez uno de los primeros autores en apreciar la complementariedad entre igualdad formal e igualdad sustancial haya sido Berstein, cuya obra " Las premisas del socialismo y la misión de la socialdemocracia" casi podría decirse que es un intento de probar como la igualdad jurídico-política constituye un requisito esencial para eliminar la desigualdad social, citada.

de actuación de los poderes públicos. No existe un derecho subjetivo a la igualdad real y efectiva y, en consecuencia, no cabe reclamar su garantía / jurisdiccional mediante el recurso de amparo ni mediante el recurso ante / los Tribunales ordinarios de que habla el artículo 53,2 de la Constitución. Al margen de cuáles puedan ser los fundamentos ideológicos de la Constitución y al margen de que obviamente el "modelo de sociedad" que trata de organizar no responda a los esquemas teóricos ni prácticos del socialismo, / aunque tampoco excluya una evolución en tal sentido, lo cierto es que la / discriminación realizada por nuestros constituyentes en el tratamiento de la igualdad política y de la igualdad sustancial y de sus consecuencias no debe cargarse exclusivamente a la cuenta de lo que pudiéramos llamar el / trasfondo ideológico de la Constitución. En el nivel actual de evolución de la ciencia del Derecho, existe, en efecto, una dificultad objetiva para articular el principio de igualdad sustancial como un verdadero derecho subjetivo concretamente exigible en vía jurisdiccional y, a nuestro juicio, esa dificultad consiste en la inexistencia fáctica de criterios clasificatorios jurídicamente relevantes por sí mismos. Los ciudadanos no son naturalmente iguales, y, por lo tanto, no cabe exigir la igualdad por referencia a una realidad de hecho igualitaria, sino por referencia a una voluntad política manifestada a través de la ley.

La igualdad real y efectiva no puede concebirse como un derecho subjetivo porque la determinación de cuándo la igualdad es real y efectiva constituye primeramente un problema de decisión política que corresponde al legislator y no a los jueces. El legislador debe definir las situaciones jurídicamente relevantes que exigen un tratamiento especial, en muchas ocasio--

nes, incluso con el propósito de que desaparezcan esas situaciones de desigualdad social o natural que justifican la especialidad. Pero es evidente y de ahí la necesidad ineludible de especificación legislativa, que no todos los elementos naturales o sociales que dividen a los hombres exigen un tratamiento particular y que, aun cuando lo exijan, no siempre habrá de perseguir una finalidad igualitaria; acudiendo a un supuesto extremo, y mientras no se alcance la meta más o menos utópica del trabajo desalienado, los hombres se dividirán en holgazanes y laboriosos, y como es lógico los primeros no pueden pretender la igualdad real y efectiva con los segundos (400). Y tampoco cabe aplicar el viejo principio aristotélico de tratar igual lo / que es igual y de forma desigual lo que es desigual, pues al margen de que / con este proceder no se lograría la igualdad real y efectiva, deja sin resolver el problema de cuándo las condiciones que provocan la igualdad entre los hombres deben tener una traducción jurídica a efectos de establecer / una regulación especial y de cuándo, por el contrario, debe hacerse abstracción de tales condiciones para instaurar una igualdad total, al menos en lo que se refiere a ese criterio clasificatorio del que el legislador hace abstracción.

(400) Kelsen señala como ejemplo de trato desigual el derivado de la aplicación del principio de retribución: "... si la norma de justicia de la igualdad se entiende como el deber de aplicar igual trato a todos los hombres, el principio de retribución resultará ser entonces exactamente lo contrario del principio de igualdad ", " Justicia y Derecho Natural ", cit., p. 59. Sin embargo, desde otra perspectiva, la retribución puede considerarse como el triunfo de la igualdad ya que restablece el Derecho; " ... Esa identidad (delito-castigo) que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo con el valor de la misma " (igualdad interna), Hegel, " Filosofía / del Derecho ", trad. de A. Mendoza, ed. Claridad, Buenos Aires, 5ª ed.; 1968, par. 101, p. 109 y s.

El que la pertenencia a una clase social justifique unas obligaciones tributarias diversas y sea irrelevante, en cambio, en el reconocimiento del derecho de voto no es una afirmación que se derive de la naturaleza de las cosas, sino una decisión política que responde a determinados postulados ideológicos generalmente aceptados en el Estado contemporáneo y que deben / ser interpretados en todo caso por los representantes de la soberanía nacional.

Estas consideraciones no deben, sin embargo, ocultar el gran alcance que nuestra Constitución reconoce a la igualdad sustancial, cuyas posibilidades de desarrollo son prácticamente ilimitadas siempre que, como hemos / señalado, exista una voluntad política dispuesta a extraer todas sus consecuencias. El art. 9,2 supone, en primer lugar, la constatación por parte / de nuestro legislador constituyente de que existen unas diferencias sociales entre los hombres y los grupos de población que provocan un desigual / disfrute de la libertad y que resultan contradictorias con la idéntica / dignidad humana; y supone también la obligación para los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para eliminar la desigualdad aludida, / lo que exige una transformación socio-económica dirigida a lograr no solo una distribución igualitaria de los bienes económicos (401), sino también

(401) Lo que, dicho sea de paso, exige un cambio en la propiedad de los medios de producción, pues " La distribución de los medios de consumo es, en todo caso, un corolario de la distribución de las propias condiciones de producción "... " Si las condiciones materiales de producción fuesen propiedad colectiva de los propios obreros, esto determinaría, por sí solo, una distribución de los medios de consumo distinta de la actual ", Marx, " Crítica del programa de Gotha ", / cit.; p. 17.

unas condiciones de vida que garanticen, además de una existencia digna para todos los ciudadanos, la participación de éstos en la vida política, económica, cultural y social (402).

En la doctrina italiana (403) es corriente calificar el precepto contenido en el art. 3,2, análogo a nuestro 9,2 como una norma programática, a / diferencia del carácter preceptivo que se atribuye a la igualdad jurídica / del art. 3,1; parece que no existe ninguna dificultad para mantener este juicio respecto de la Constitución española, pues efectivamente se trata de una norma dirigida a los poderes públicos (404), cuya realización no exige / una simple modificación del ordenamiento, sino todo un programa de Gobierno dirigido a una profunda transformación de la realidad social. Pero el reconocimiento de este carácter programático no supone lógicamente que la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales, así como la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, / constituyan simples recomendaciones dirigidas al poder; por el contrario / el artículo 9,2 tiene en este sentido carácter preceptivo y obligatorio. Los poderes públicos están obligados a realizar ese programa o, cuando menos, están obligados a no adoptar medidas que frustren las expectativas abiertas

(402) A cada uno según sus necesidades, como fundamento de la plena igualdad democrática, es decir, como condición para que efectivamente se pueda participar en la vida política, económica, cultural y social.

(403) Vid. Paladín, " Il principio costituzionale ... ", cit., p. 318; / Virga, P.; " Diritto Costituzionale ", 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1976, p. 521.

(404) De acuerdo con el original concepto de norma programática, Vid. Mazzio tti, " Il diritto al lavoro ", Giuffrè, Milano, 1957.

por la Constitución, y el Tribunal Constitucional podrá en su caso condenar la adecuación de las medidas legislativas que, por cualquier vía impugnatoria se sometan a su consideración, con los principios enunciados en el art. 9,2.

El principio de igualdad sustancial satisface una función interpretativa de todo el ordenamiento jurídico, incluidas las normas constitucionales, pero debe manifestarse ante todo en relación con el llamado Derecho / Social; es lógico que así suceda ya que este supone en definitiva un límite a la autonomía privada en nombre de una cierta concepción de la justicia social, por lo que bien puede afirmarse que el principio de igualdad sustancial constituye el fundamento material de esta nueva rama del Derecho (405).

Pero, a nuestro juicio, tal vez la función más importante que puede / satisfacer el principio de igualdad enunciado en el artículo 9,2 es la de / servir de criterio orientador en el control de la actividad de los poderes públicos en materia económico-social, sobre todo cuando se reconoce en ella un cierto grado de discrecionalidad. En este sentido, expresiones como "función social" (art. 33), "exigencias de la economía general" (art. 38), "interés general" (art. 47), etc., que presentan sin duda una notable elasticidad, deberán interpretarse a la luz de las finalidades previstas en el art. 9,2 (406). Asimismo, el principio de igualdad tiene especial relevancia

(405) Vid. Mortati, "Istituzioni...", cit., vol. II, p. 1031.

(406) Esta función ha sido expresamente reconocida por la Corte Constitucional Italiana en sentencia de 25 de mayo de 1.959. Vid. Paladín, Op. cit.; p. 320.

cia en materia tributaria y de gasto público (407).

La redacción en sentido positivo del artículo 9,2 (" Corresponde a / los poderes públicos ...") plantea el problema de si el principio de igualdad sustancial puede constituir un límite a la actividad de los poderes públicos y de si cabe un eventual control de constitucionalidad de las leyes que se fundamente en la infracción del precepto contemplado en el art. 9,2. Ya hemos adelantado más arriba que, a nuestro juicio, la norma programática cumple un papel invalidante de la legislación contraria, ya que en la declaración de una determinada finalidad que debe cumplir el orden jurídico se halla implícita la exigencia de que, al menos, no se establezcan obstáculos que dificulten su consecución; por lo tanto, debemos estimar que la actividad legislativa, y también la ejecutiva que corresponde a la Administración, no podrá inspirarse en criterios que ahonden las desigualdades o que obstaculicen la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Desde esta perspectiva, el artículo 9,2 cobra un valor decisivo en la delimitación del concepto de igualdad que se desprende de la Constitución / al adquirir un carácter unitario y no escindido en dos términos ideológicamente opuestos (igualdad formal - igualdad sustancial). En términos de organización política, puede decirse que el Estado democrático de Derecho no contradice los principios fundamentales del Estado liberal de Derecho, sino que, por el contrario, les enriquece, les hace reales y efectivos. De la mis

(407) Vid. el artículo 31 de la Constitución.

ma forma que la libertad aludida en el artículo 9,2 no es sustancialmente / diversa de la libertad del artículo 1,1ª ni implica un concepto distinto / de las varias especificaciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo / II del Título I (Libertad de expresión, de reunión, religiosa, etc..), / así tampoco la igualdad sustancial representa una noción distinta o más am plia que la expresada en la igualdad política del artículo 14. De lo que / se trata, en definitiva, es de que todos los ciudadanos sean iguales ante la Ley, pero que lo sean realmente y no solo porque ésta adopte una forma abstracta y general.

El artículo 9,2 y el 14 son complementarios y sirven como expecifi- caciones recíprocas del alcance del concepto de cada uno de ellos; parti- cularmente, el principio de igualdad sustancial resulta útil para diluci- dar el sentido que debe atribuirse a la noción de igualdad comúnmente acep- tada : tratamiento igual de las situaciones iguales y tratamiento desigual de las situaciones desiguales. Ya hemos señalado anteriormente que esta re- gla resulta muy poco útil cuando se analiza a la luz de la igualdad formal, ya que no nos dice cuáles son las situaciones iguales ni cuando estas si- tuaciones resultan justificativas de una regulación específica ni cuando, / por el contrario, debe hacerse abstracción de las mismas . Sin embargo, el art. 9,2 puede servir de criterio orientador en un doble sentido; en pri- mer lugar, excluye toda igualación formal de los ciudadanos cuando, a la / luz del mandato contenido en la norma, ello provoque uan profundización en la desigualdad social. En segundo lugar, sirve para dilucidar qué situacio- nes merecen un tratamiento desigual : aquellas que constituyen el fundamen- to de hecho de la desigualdad o que dificultan la plena participación de /

los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; y, como / consecuencia, sirve también para fijar el sentido de ese tratamiento específico :erradicar las causas de la desigualdad.

Pero si el artículo 9,2 sirve de complemento y especificación del art. 14, la igualdad ante la ley, a su vez, constituye un límite en la interpretación y, sobre todo, en la puesta en práctica de la igualdad sustancial; ésta no puede lograrse a costa del sacrificio de los valores esenciales tutelados por el principio de igualdad ante la ley : la seguridad jurídica, la certeza de la norma, la generalidad, el predominio de la ley "duradera " sobre la concreta medida particular, etc... La actividad tendente a reducir las diferencias de clase, a redistribuir la renta y la riqueza y , en definitiva, la positiva intervención del poder tendente a reformar un orden social que se considera injusto no puede convertir el Estado de Derecho en un Estado paternalista, en un despotismo ilustrado. En este sentido, debe / contemplarse con preocupación ciertos fenómenos del Estado contemporáneo / como la cada día mayor concreción y fugacidad de las normas jurídicas, la escasa vinculación de las múltiples facetas de la actividad ejecutiva con los mandatos del legislador : estos en ocasiones consisten en fórmulas imprecisas de habilitación cuando no en verdaderos cheques en blanco (408); la burocratización que suponen muchas funciones asumidas por la Administración, etc...

(408) Sobre esto, vid. más adelante, en el Capítulo II, "La crisis de la Ley"

Es evidente, sin embargo, que estos fenómenos no son consecuencia necesaria de la función promocional o de la actividad de prestación, ni están / vinculados con el principio de igualdad sustancial. Esta no exige un estado de inseguridad jurídica, ni tampoco una normativa fugaz y en ocasiones individualizada. Por el contrario, la igualdad ante la ley y las garantías propias del Estado de Derecho, ofrecen un ámbito lo suficientemente amplio como para desarrollar hasta sus últimas consecuencias la igualdad " real y efectiva "; es más, la igualdad sustancial exige ese marco de garantías si no / quiere convertirse en pura arbitrariedad.

CAPITULO SEGUNDO

LAS FORMAS DE PRODUCCION NORMATIVA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES.

I. INTRODUCCION.

Kelsen define la Constitución en sentido material como la norma jurídica que regula la creación de normas jurídicas generales (1), es decir, como "norma normarum", culminación del sistema jerárquico de fuentes y fundamento de la unidad y validez del orden jurídico. Resulta, sin duda, significativo -- que la depurada metodología kelseniana haya buscado en las -- "fuentes del Derecho" (2) el lenguaje jurídico idóneo para -- traducir el sentido de un fenómeno eminentemente político, -- pues, en efecto, en una aproximación elemental la Constitu- -- ción debe definirse como la ley que precisa la naturaleza del Estado, la forma de gobierno, las relaciones entre los podes -- res públicos y, en definitiva, como aquella norma que regula las funciones de los órganos superiores. No se trata, en realidad, de nociones diferentes, sino de perspectivas distintas. "Función estatal equivale a función jurídica" (3) y la incues -- tionable decisión política que corresponde a la ley que deter -- mina la forma de ejercicio del poder se traduce al lenguaje -- jurídico diciendo que la Constitución es la norma jurídica que

1) Kelsen, H., "Théorie pure du Droit", trad. de Eisenmann de la 2ª ed. de la "Reine Rechtslehre", Dalloz, París, 1962, p. 300. Hay una reciente traducción castellana en la Universidad Autónoma de México.

2) Como es sabido, Kelsen rechaza, por excesivamente ambigua, la terminología de "fuentes del Derecho" y propone la expresión de "factores del Derecho" para referirse a las diversas normas. En realidad, su crítica parece referirse a una cierta forma de entender las fuentes del Derecho como normas generales. Vid. "Théorie pure", cit., p. 313. Vid. también Calsamiglia, "Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica", Ariel, Barcelona, 1978, p. 177 y s.

3) Kelsen, H., "Teoría General del Estado", trad. de L. Legaz, 15 ed. Editora Nacional, México, 1979, p. 325.

regula la creación de normas jurídicas generales. La organización jerárquica del ordenamiento jurídico no es, por lo tanto, una tarea menos política que la de distribuir el poder entre los diversos órganos del Estado; por el contrario, en ambos casos se satisface una misma finalidad o, mejor dicho, se designa una misma función. Desde la perspectiva kelseniana se procuraba la descripción jurídica de los fenómenos políticos, pero se culmina en una visión parcial e insuficiente del problema de las fuentes del Derecho o, si se prefiere, de la dinámica jurídica, pues la pretensión de fundar una ciencia jurídica autónoma conduce al normativismo, a través de la teoría de la autocreación del Derecho, a una rotunda separación entre el origen de la norma y la norma jurídica misma. Es cierto, como señala Bobbio (4), que el problema de las fuentes del Derecho concierne a la validez de las normas jurídicas, ya que la norma sólo es válida cuando ha sido producida por una fuente autorizada, pero, a nuestro juicio, es indiscutible que las fuentes del Derecho no constituyen únicamente un problema jurídico que deba examinarse desde la perspectiva científica de la validez, sino también un problema político relevante en un juicio de legitimidad formal, pues la decisión acerca de cuáles son las "fuentes autorizadas" y el establecimiento de una jerarquía entre las mismas, entraña el reconocimiento de un ámbito de poder, que es lógicamente la naturaleza política (5),

4) Bobbio, N., "Il positivismo giuridico". Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte del Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino, 1979, p. 130.

5) Vid. Díez-Picazo, L., "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho", Ariel, Barcelona, 1973, p. 126.

lógicamente de naturaleza política. En definitiva, cuando contemplamos el ordenamiento y no una norma aislada, la validez se confunde con la eficacia y ambos elementos descansan en un fenómeno metajurídico como es la realidad del poder. Aunque no procede un estudio detallado, queremos insistir en esta perspectiva que juzgamos realista, concibiendo el poder, en el mundo moderno el poder del Estado, como fundamento último de la validez y al tiempo como garante de la eficacia (6).

La naturaleza política de las fuentes del Derecho en sentido material es generalmente reconocida por la doctrina como "el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega la primacía de una fuerza social respecto de las demás" (7), e incluso es corriente que los autores ilustren esta afirmación con el significativo ejemplo de la tensión ley-costumbre como expresión de la batalla política que se encuentra en el origen del Estado moderno (8). Sin embargo, el tratamiento técnico-jurídico de las fuentes formales del Derecho, en particular del Derecho estatal, suele oscurecer en ocasiones la dimensión política o ideológica del problema; así concebir las fuentes formales como un simple procedimiento técnico de constatación de las fuentes materiales (9), supone igno

6) Vid. Peces-Barba, G., "Reflexiones sobre Derecho y Poder" en "Libertad, Poder, Socialismo", Civitas, Madrid, 1978, p. 219 y s.

7) Legaz, L., "Filosofía del Derecho", 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 495. Vid. también Castro, F. de, "Derecho Civil de España", tomo I, 3ª ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 369 y s.; Díez-Picazo, "Experiencias jurídicas...", cit. p. 126; Bobbio, "Il positivismo giuridico", cit. p. 137 y s.

8) Vid. sobre ello las consideraciones de García-Pelayo, "Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político" Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 97 y s.

rar la relativa autonomía de aquéllas y sus peculiaridades específicas; en especial, oculta ciertos fenómenos de indudable transcendencia, ya que la hegemonía de una u otra fuente del Derecho estatal determina la naturaleza del orden jurídico e incluso el carácter del propio Estado. Naturalmente, ello no excluye que, en un plano jurídico, no sea lícito el análisis de las fuentes del Derecho desde la perspectiva de la validez, es decir, mediante un juicio formal dirigido a constatar la pertenencia de una determinada norma al ordenamiento jurídico y, dentro de éste, la atribución de un cierto valor en el sistema jerárquico; por el contrario, debe estimarse que el capítulo de las fuentes del Derecho presenta los rasgos propios que exige el análisis jurídico-formal y que esta reflexión puede, en principio, verificarse a partir de categorías autónomas. No se trata de una concepción formal de la justicia, ni de una concepción del Derecho como forma, sino del planteamiento de la ciencia jurídica como ciencia formal, es decir, de dirigir los pasos de la investigación, no hacia la explicación causal ni hacia la justificación teleológica del instituto, sino hacia la determinación de sus características dentro del sistema jurídico (10). Pero también creemos que la negativa a contaminar el análisis jurídico con elementos extraños sólo es justificable a condición de que se reconozca el carácter parcial e insu-

9) Vid. Gurvitch, G., "L'expérience juridique et la philosophie pluralista du Droit", A. Pedone, París, 1935, p. 138 y s.

10) Vid. Bobbio, N., "Formalismo giuridico", recogido en "Gius naturalismo e positivismo giuridico", Ed. di Comunità, Milano, 3ª ed. 1977, p. 79 y s., en especial, p. 89 y s.

ficiente de la ciencia del Derecho o, lo que es lo mismo, del estudio formalista del Derecho (11).

Sin duda, seguir el rastro de esa relación entre fuentes del Derecho y formas de organización política excede ampliamente el objeto propuesto en este trabajo. Sin embargo, iniciar el capítulo constatando dicha relación contribuye en todo caso a fijar una óptica relativista en el análisis jurídico-formal y, además, en el caso concreto de los derechos fundamentales, constituye una exigencia acuciante, no sólo por las consecuencias políticas derivadas de su régimen legal, sino sobre todo porque, a nuestro juicio, el estudio de los derechos fundamentales desde las categorías jurídicas resulta muy insatisfactorio. El concepto de los derechos fundamentales trasciende del plano jurídico; es un concepto histórico y, en este aspecto, aparece vinculado a una determinada forma de concebir la organización política y el uso del poder, es decir, a una determinada organización del sistema de fuentes. El fenómeno histórico de los derechos humanos no puede entenderse en toda su plenitud si se omite la consideración de esa especial vocación del siglo XVIII hacia la legislación, lo que exige una doble reflexión. En primer lugar, es necesario determinar hasta qué punto la relación derechos del hombre-le

11) Sobre el formalismo como presupuesto de un conocimiento científico del Derecho, tanto desde una perspectiva positivista como iusnaturalista, vid. F. González Vicens, "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", Anuario de Filosofía del Derecho, VIII, reproducido en "Estudios de Filosofía del Derecho", Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, p. 141 y s.

gislación es una relación necesaria, es decir, si es históricamente concebible, y en qué medida, el reconocimiento de los derechos en un sistema jurídico en el que la ley no sea la fuente exclusiva o, al menos, absolutamente hegemónica. En segundo lugar, será necesario preguntarse acerca del futuro de los derechos fundamentales en el Estado contemporáneo, en el que la ley se halla en clara decadencia, una vez que ha declinado su aureola de instrumento racional e infalible, es decir, cuando ha perdido sus virtudes taumatúrgicas y se convierte en un simple mandato imperativo, cuya posible arbitrariedad nadie excluye por hipótesis, y cuando se encuentra acosada por otras formas de normatividad también estatales que tal vez aparentan -- adaptarse mejor al cambio de la sociedad moderna. Al igual que nos preguntábamos en un capítulo anterior en relación con el origen iusnaturalista del concepto de los derechos fundamentales, ahora es preciso reflexionar acerca de si la decadencia o la crisis de la ley supone, y hasta qué punto, la quiebra o al menos la transformación de los derechos fundamentales.

Pero no se trata sólo de comprender el sentido histórico -- de la relación entre derechos fundamentales y legislación, ni siquiera de aventurar qué caminos y qué garantías habrá de revestir en el futuro la incorporación al ordenamiento jurídico de tales derechos; además, la cuestión planteada afecta de manera importante al propio concepto jurídico de los derechos -- fundamentales, es decir, a su existencia como categoría autónoma en el marco del Derecho positivo, no ya porque su eficacia se halle condicionada por la jerarquía de la norma que las re-

conozca, sino, sobre todo, porque si nos proponemos definir a los derechos fundamentales como obligaciones del Estado, y no sólo como límites a la actividad del Gobierno, será necesario que su incorporación al ordenamiento jurídico se verifique de tal manera que ninguno de los poderes del Estado pueda eludir su cumplimiento; es decir, que la viabilidad del concepto propuesto depende ante todo de que la fuente de reconocimiento - se imponga jerárquicamente a todos los productos normativos - que puedan dictar los diversos órganos del Estado.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LEY.

Ciertamente la fidelidad a las doctrinas iusnaturalistas y contractualistas de las que la teoría de los derechos individuales, inalienables y sagrados era fiduciaria, parece que hubiese exigido en los siglos XIX y XX una rigurosa formulación constitucional de las libertades públicas, diferenciando al legislador ordinario escasas competencias en aspectos meramente residuales, pues de esa forma los "derechos naturales", ya que no prevalentes sobre el derecho positivo, serían reconocidos al menos como un criterio de legitimidad de todas las normas jurídicas no constitucionales. Sabido es, sin embargo, que en la tradición francesa las libertades públicas se desarrollaron mediante leyes. Es más, el imperio de la ley y los derechos individuales, como postulados básicos del Estado moderno nacido de la Revolución, persiguen un mismo objetivo de interdicción de la arbitrariedad. Con la característica de que esta arbitrariedad en la monarquía absoluta se atribuía al rey, cuyas competencias no eran sólo las propias de un poder ejecutivo, sino en general las del Estado. A finales del siglo XVIII la actuación arbitraria del Estado era en realidad la actuación arbitraria del monarca, en cuyas manos se confundía la creación y la aplicación de la ley, y por consiguiente imponer limitaciones al poder equivalía a coartar la libre voluntad del soberano, cuyas atribuciones, sin embargo, quedarían asimiladas a uno de los poderes del Estado desde el momento en que aquella monarquía de-

viene constitucional. La vieja aspiración de limitar al poder consagrando un ámbito de autonomía en favor del individuo, fácilmente pudo convertirse en la limitación del ejecutivo mediante su sometimiento a la ley. El pensamiento ilustrado opuso al gobierno de los hombres la idea del gobierno de las leyes, como ordenación racional, abstracta y general de la sociedad civil, sin que el parecer llegase a temer de las asambleas legislativas una posible amenaza para la libertad; Saint Just incluso trató de incorporar este principio a la Constitución de 1793 como una de las cinco "disposiciones fundamentales": "el poder del hombre es injusto y tiránico: el poder legítimo está dentro de la ley" (12). Tal vez las concretas circunstancias históricas que dieron origen a la Revolución, muy distintas de las que propiciaron el constitucionalismo norteamericano o el desarrollo de las libertades inglesas, puedan explicar la tradición francesa de atribuir la regulación de las libertades públicas al dominio del legislador (13).

Ciertamente, el sometimiento de la libertad al dominio de la ley puede explicarse por la comprensible resistencia de los Parlamentos a perder atribuciones en favor de la Constitución (14), pero es indudable que también se justifica en el casi -

12) "Discurso sobre la Constitución que se tiene que dar a -- Francia" en "Discursos, Dialéctica de la Revolución", trad. de Jaime Fuster, Barcelona, 1970, p. 81 y ss. Vid. sobre este tema Groethuysen, "Philosophie de la Révolution Française", París, 1956, p. 253.

13) Una tradición que todavía se mantiene en un sector importante de la doctrina francesa. Vid. sobre el tema Braud, Ph., "La notion de liberté publique en Droit français", - LGDJ, París, 1968, p. 285 y s.

14) En este sentido, Peces-Barba, G., "Derechos fundamentales" 3ª ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 139

mítico prestigio y majestuosidad que en el pensamiento jurídico moderno se ha concedido a la ley, a "una ley establecida, aceptada, conocida y firme que sirva por común consenso de — norma de lo justo y de lo injusto" (15). Y aunque en líneas — generales las reflexiones sobre la ley valgan también para la Constitución, que al fin y al cabo es una superley, parece — conveniente detenerse en el origen de dichas reflexiones, no sólo porque resulta necesario para resaltar el papel de la — Constitución como máxima garantía jurídica en el ámbito estatal, sino también porque, como indicábamos anteriormente, la evolución histórica y el futuro desarrollo de los derechos — fundamentales se hallan estrechamente relacionados con el concepto y la función de la ley en el mundo moderno. En este aspecto, la reflexión sobre las fuentes de los derechos fundamentales se inscribe en el marco más general del análisis de su formación histórica. Los derechos fundamentales nacen en — el periodo de formación del Estado moderno, uno de cuyos rasgos más destacados es precisamente la transformación del sistema de fuentes del Derecho o, lo que es lo mismo, de la distribución del poder.

El indiscutible sometimiento de la libertad al dominio — del legislador creemos que sólo puede explicarse a partir de las categorías del racionalismo que inspiraron los primeros — ensayos de positivización de los derechos fundamentales, pues parece evidente que la concepción de la ley como una proposi-

15) J. Locke, "Ensayo sobre el Gobierno civil", Aguilar, trad. de A. Lázaro, Madrid, 1969, p. 94 124.

ción prescriptiva, característica del pensamiento jurídico contemporáneo, hubiese hecho inconcebible la confianza que los — bres del siglo XVIII depositaron en la ley. Para el racionalismo la ley moral y la ley jurídica no pueden calificarse de justas o injustas, buenas o malas, (16) o lo que es lo mismo, es difícilmente aceptable una aproximación crítica a las normas, en cuanto que éstas no aparecen como la expresión de un mandato, de una voluntad política, sino como la descripción de un — fenómeno natural o, si se quiere, como una relación necesaria que se deriva de la naturaleza de las cosas (17). Esta aureola de verdad, más que de justicia, que preside el concepto moderno de ley debe conectarse con lo que Dilthey ha denominado el sistema natural de las ciencias del espíritu en el siglo XVII (18) y que, según creemos, no constituye una reacción tanto al pensamiento aristotélico-tomista cuando a la dirección subjetivista que, sobre bases religiosas y "antijurídicas" inaugurase Guillermo de Occam (19). La noción del orden jurídico como un sistema de voluntades jerárquicamente ordenadas hace que los —

16) Vid. sobre ello Bobbio, "Teoría della norma giuridica", — Giappichelli, Torino, 1958, p. 71 y s.

17) Montesquieu, "Del Espíritu de las Leyes", trad. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, Libro I, cap. I, p. 1.

18) Dilthey, W., "Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII", versión de E. Imaz, (1ª edición alemana 1914) 2ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires, 1947.

19) Vid. Villey, "Droit subjetif (la genèse chez Guillaume — d Occam)" en "Seize essais de Philosophie du Droit", Dalloz, 1969, p. 140-179, en especial p. 174 y s. En realidad, no puede decirse que Occam inaugure el subjetivismo, que era una característica del agustinismo y de la escolástica — franciscana, aunque probablemente tiene razón Villey cuando atribuye a dicho autor la construcción primera del concepto de derecho subjetiva o, mejor aun, del concepto subjetivista de Derecho.

criterios de justificación de la ley se quieran derivar de las cualidades del autor, concibiéndose aquella como un verdadero mandato, como la expresión de una voluntad dirigida a un fin; mientras que si, desde una perspectiva racionalista, escolástica o moderna, se entiende el orden jurídico como un sistema de normas objetivas, su justificación deberá buscarse más bien en el grado de fidelidad con que dichas reglas traduzcan las exigencias presuntamente naturales que es posible hallar en las relaciones humanas o en el orden establecido por Dios según un principio de razón, al propio tiempo que la ley se configurará como una proposición descriptiva de esas mismas exigencias derivadas de la naturaleza. En este sentido, y frente a las corrientes voluntaristas, no parece que la novedad del pensamiento racionalista haya de centrarse en la aplicación a las ciencias del espíritu del método naturalista, ni siquiera en el habitual confusionismo de ambos órdenes, pues tal confusión fue característica también de épocas anteriores, sino en la concepción de la ley moral y política como una proposición descriptiva. (20)

Como contrapunto a la corriente racionalista medieval, el pensamiento moderno aportará también los fundamentos de la secularización. Sin alcanzar la separación entre naturaleza y espíritu, el dominio de la teología cederá paso al dominio de la

20) Sobre la concepción subjetivista de la ley en el voluntarismo medieval, vid. Campanini, G., "Ragione e volontà nella legge", Giuffrè, Milán, 1965, p. 67 y s.; vid. también Lagarde, G. de, "La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge", Ed. Nauwelaerts, Louvain, París, 1962-3, vol. IV, cap. quinto y vol. V, cap. décimo.

naturaleza, con la particularidad de que si ésta hubo de someterse en otro tiempo a la estructura propia de la acción humana, ahora será la acción humana quien haya de someterse al sistema de las leyes físicas (21). La naturaleza humana debe ser tratada de la misma forma que la naturaleza física (22) y, de esta forma, como ha escrito Vachet (23), la metodología físico-matemática se convierte en el modelo epistemológico de la época, y su concepción de la ley es la única aceptada tanto en las ciencias físicas como biológicas o humanas. En definitiva, la generalización del paradigma newtoniano (24) alcanza también a las reflexiones jurídico-políticas, ya sea en la forma de un monismo extremo, ontológico (25), ya sea en la forma de un monismo epistemológico como el de Hume o Helvetius (26).

- 21) Vid. Cassirer, "Filosofía de la Ilustración" (1932), trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, Buenos Aires, 1950, p. 53 y s. y 260 y s.; y Dilthey, "Hombre y Mundo en los siglos XVI y XVII, cit. p. 252 y s.
- 22) Vid. Hume, D., "Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento humano en los asuntos morales", versión de V. Viqueira, Ed. Porrúa, México, 1977, Libro I, parte primera, p. 12.
- 23) Vachet, A., "La Ideología Liberal", trad. de P. Fernández y otros. Prólogo de H. Lefebvre, Ed. Fundamentos, Madrid, 1972, vol. II, p. 19.
- 24) La expresión es de Gusdorf, "Les principes de la pensée au siècle des lumières", Payot, París, 1971, p. 180.
- 25) Así Quesnay, Mirabau, Turgot, etc. Sobre los planteamientos fisiocráticos en relación con la ciencia y la moral, vid. Vachet, op. cit., p. 19-31. En esta corriente puede incluirse también la obra de Raynal; vid. Gusdorf, op. cit. p. 200-201.
Analizando a los fisiócratas, señala Laski, se tiene la certeza de poder descubrir una forma natural de gobierno que corresponda, en la esfera social, a las grandes leyes descubiertas por Newton en el campo de la física. Vid. "El liberalismo europeo", trad. de V. Miguélez, Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión, 1969.
- 26) En el Ensayo sobre el entendimiento humano Hume confiesa que su trabajo tiene por objeto introducir el método experimental de razonamiento en el ámbito moral. No obstante, Hume mantiene la dualidad de causas morales y de causas físicas.

La utilización indistinta de la palabra ley en el campo de la organización jurídico-política y en el ámbito de las --- ciencias físicas y naturales no es para el iusnaturalismo racionalista un abuso del lenguaje, sino que tiene un fundamento objetivo; como las ciencias, la organización de las sociedades debe ajustarse a su objeto. La obra legislativa no se resuelve en órdenes o mandatos, sino en la investigación, en el conocimiento de la naturaleza. Como indicaba Volney (27), de los fenómenos de la naturaleza (28), inmutables, constantes y regulares, derivan para el hombre verdaderas órdenes de conformarse a los mismos. En definitiva, el Estado, para perpetuarse, no precisa imponer su ley, sino descubrirla en la naturaleza y en

sicas; su monismo es más bien epistemológico, no ontológico. Vid. las consideraciones de S. Giner, "Historia del -- pensamiento social", Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1975, p. 275.

En un sentido análogo, Helvetius anuncia en el Prefacio de "De l'Esprit": "He creído que debía tratar la moral como las demás ciencias y hacer una moral como se hace la física experimental"; citado por P. Hazard, "La pensée européenne au XVIII^e siècle, de Montesquieu à Lessing", Boivin, París, 1946, vol. III, p. 81. Hay traducción española en -- ed. Guadarrama, Madrid, 1958.

Finalmente, aunque las citas podrían multiplicarse, el método de las ciencias naturales aparece también en la -- obra de d'Holbach: "Para que la moral sea universal, debe ser conforme a la naturaleza del hombre en general... De donde se infiere que la moral supone la ciencia de la naturaleza humana". Y, en lo relativo al método, añade: "Ninguna ciencia es ni puede ser más que el fruto de la experiencia... La ciencia de las costumbres, para que sea cierta y segura, debe ser una continuación y encadenamiento de experiencias constantes, reiteradas e invariables.... "Moral -- Universal o deberes del hombre fundados en su naturaleza", Trad. de M. Díaz Moreno, 2ª edición, imprenta de M. Repu -- llés, Madrid, 1821, p. 1-2.

- 27) "La loi naturelle ou Catechisme du citoyen français", édition complète et critique (textes de 1793 y de 1826) par -- Gaston-Martin, A., Colin, Paris, 1934, p. 98.
- 28) Es curioso comprobar que Volney denomina estos fenómenos -- (por ejemplo, que todos los cuerpos son atraídos por la -- tierra) en ocasiones como "leyes naturales" y en otros pasajes como "hechos".

las relaciones humanas (29). Aunque no es posible detenerse en este tema, parece necesario, no obstante, llamar la atención sobre la enorme transcendencia del planteamiento descrito, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de concebir una Ciencia del Derecho.

La confusión entre el orden físico-natural y el jurídico-político puede hallarse en mayor o menor medida en todas las fuentes filosóficas que conforman el origen ideológico de la Revolución liberal y, por lo tanto, del Derecho moderno, según hemos tenido oportunidad de esbozar en líneas anteriores. Montesquieu no será tampoco ajeno al clima intelectual de la época, sino que, al contrario, su obra constituye tal vez la elaboración más consecuente de lo que pudiéramos llamar el concepto naturalista de ley. Althusser (30) lo ha visto con precisión: desde el siglo XVI se desarrolla una "física moral o política" que quiere presentarse con rigor matemático, pero no se formula una teoría de la historia real, sino una teoría de la esencia de la sociedad; Hobbes, Spinoza y Grocio se proponen la idea de una ciencia, pero no la hacen. Montesquieu persigue la misma finalidad, hacer una ciencia política, no de la sociedad en general, sino de todas las sociedades concretas. De sus predecesores le separa la misma distancia que separa la física especulativa cartesiana de la física experimental de Newton (31). En consecuencia su teoría de la ley no puede invocar

29) Vid. Campanini, op. cit., p. 87-107.

30) Althusser, L., "Montesquieu, la política y la historia", - trad. de M^a. Ester Benítez, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1968 p. 13 y s.

31) Precisamente, Goyard-Fabre titula uno de los epígrafes de su obra: "Montesquieu, Newton de monde humaine", en "La --

hipótesis contractualistas, ni estados de naturaleza, sino que ha de partir de los hechos.

El concepto de ley en Montesquieu resulta, sin duda, equívoco y ambiguo, pues al margen de las dificultades de interpretación que ofrece el principio de universal racionalidad que encabeza el "De l'esprit des lois", parece admitirse, al menos, una segunda noción de ley, más vinculada al sentido prescriptivo que pudiéramos calificar de tradicional.

"Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido, todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre mismo" (32). La definición -- puede valer para el reino de la necesidad o como enunciación de las reglas que el propio Montesquieu trata de encontrar en su investigación, es decir, las leyes científicas que explican la evolución de las leyes positivas (el espíritu de las leyes) (33), pero ¿es aplicable esta noción a las leyes jurídicas y morales que no pretenden explicar la conducta humana, sino dirigirla?. "No se puede decir, responde Montesquieu, que el mundo inteligente esté tan bien gobernado como el mundo físico" (34), pues si el hombre está sometido a la naturaleza y, por -

Philosophie du Droit de Montesquieu", C. Klincksieck, París, 1973, p. 57. La aplicación del método newtoniano al estudio de la sociedad no es, sin embargo, una característica exclusiva de la obra de Montesquieu. Bobbio, por ejemplo, califica a Bentham de "Newton de la legislación", en "El positivismo jurídico", cit., p. 102.

32) "Del Espíritu de las Leyes", citado Libro I, Cap. I, p. 51.

33) Esta parece ser la interpretación de Althusser, op. cit., p. 31 y s.

34) "Del Espíritu...", cit. p. 52. En cierto modo, y salvando

tanto a la necesidad, su conducta depende también de la con -
tingencia, del espíritu. Las leyes humanas presentan entonces
una doble dimensión: constituyen, de un lado, hechos que se -
imponen al hombre con una fuerza semejante a la de los fenóme
nos físicos; pero al mismo tiempo, como los hechos naturales,
pueden ser analizadas de acuerdo con un método experimental, -
y de aquí pueden derivarse nuevas leyes o, mejor dicho, de la
reflexión global sobre todos los hechos (sobre los sistemas -
políticos históricos) es posible obtener una ley de leyes, o
sea, el espíritu de las leyes. Ahora bien, ¿cuál es la natura
leza de esta ley de leyes?. Althusser (35), que tal vez traba
ja con excesiva fidelidad a los esquemas del positivismo, atri
buye a esta ley un carácter meramente teórico: es una ley cie
nífica, que explica, pero que carece de virtualidad práctica.
De ahí la dificultad para explicar los deberes y recomendacio
nes que Montesquieu dirige a los hombres, y que Althusser re
suelve no obstante con sutileza, y, sobre todo, la perpleji -
dad ante determinados fragmentos "iusnaturalistas". Así cu
ando afirma: "los seres particulares inteligentes pueden tener
leyes hechas por ellos mismos, pero tienen también otras que
no hicieron..." (36). ¿Supone esto un regreso al Derecho Natu
ral, una concesión al pensamiento antiguo?. Indudablemente, -
Montesquieu no podía sustraerse al clima iusnaturalista y con
tractualista imperante en el siglo, pero no creemos que éste

las diferencias de enfoque, la distinción de Montesquieu
nos recuerda la dicotomía entre regla de Derecho y norma
jurídica.

35) Althusser, op. cit., p. 31.

36) "Del Espíritu...", cit., p. 51.

sea un planteamiento adecuado de la cuestión. En efecto, Montesquieu reconoce, junto a la ley científica, la ley-orden o, mejor dicho, lo que reconoce es que la ley científica, que es racional sólo si tiene un fundamento experimental, además de explicar los hechos, puede ser origen de su transformación (37). Es una concesión a la naturaleza, pero ¿a qué naturaleza?. En la respuesta a esta pregunta se halla, a nuestro juicio, la -- "revolución teórica" de Montesquieu. La naturaleza en Montesquieu parece ser, utilizando una expresión de Vachet (38), una naturaleza desnaturalizada o, si se quiere, histórica, convencional. No es, desde luego, una naturaleza que responda al orden querido por Dios, porque también "la divinidad tiene sus leyes". Dios es uno de los términos de la relación: "obra conforme a estas reglas porque las conoce; las conoce porque las ha hecho y las ha hecho porque tienen relación con su sabiduría y su poder" (39). Pero tampoco es una naturaleza que responda a una racionalidad abstracta y especulativa, pues Montesquieu adopta sin reservas el método experimental. Estamos ante una naturaleza histórica.

No se debe interpretar a Montesquieu con los esquemas revo

37) Así también cuando declara: "Antes de que se hubieran dado leyes había relaciones de justicia posibles", "Del Espíritu...", cit., p. 51. El fragmento puede interpretarse, es verdad, como una invocación de las tesis del Derecho natural, pero también puede sostenerse que las leyes humanas, en su fenomenalidad (como hechos), tienen una explicación racional, es decir, sus propias leyes de constitución. Vid. Goyard-Fabre, op. cit., p. 80; vid. También Brethe de la Gressaye, "La philosophie du droit de Montesquieu", en Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1962, núm. 7, p. 199-210.

38) Vachet, op. cit., vol. II, p. 135 y ss.

39) "Del Espíritu...", p. 51.

lucionarios y transformadores del iusnaturalismo racionalista. Escribe Barni (40) que el autor "confunde lo que debería ser en efecto desde el punto de vista de la razón, lo que quiere la razón, y lo que es simplemente una consecuencia natural y necesaria de los hechos existentes, como si el hecho fuese — siempre y necesariamente conforme a la razón". Por el contrario, para Montesquieu lo real no es racional, los hechos no se ajustan a la razón, sino que es ésta la que debe conformarse a los hechos; únicamente cabe reconocer racionalidad a partir del análisis de los hechos. El planteamiento de Montesquieu no es posiblemente menos "ideológico" que el del iusnaturalismo contractualista. Su obra está plagada de prejuicios y de apreciaciones equivocadas, tan nefastos para la "pureza" de la ciencia política como las ideas teológicas y morales — del iusnaturalismo (41), aunque la perspectiva metodológica sea distinta. No sólo porque sus fundamentos sean experimentales y no especulativos, sino también porque su filosofía parece tener una dimensión práctica. Como señala Goyard-Fabre (42), la razón humana es apta para comprender las leyes, pero al mismo tiempo encierra una vocación práctica de imponer al Derecho positivo sus principios constitutivos y sus principios rectores. En cierto sentido puede decirse que Montesquieu, antes que Kant, ha sustituido la teoría del Derecho natural por una doctrina del Derecho racional, si bien de una razón que —

40) Barni, J., "Histoire des idées morales et politiques en France au XVIII^e siècle". Reproducción de Slatkine reprints, Geneve, 1967, vol. I, p. 149.

41) Vid. los capítulos I y II del Libro I.

42) Goyard-Fabre, op. cit., p. 124.

parece realizarse en la historia.

La concepción de la ley como simple relación inmanente a los fenómenos, que se deduce de los propios hechos, hace imperar en el mundo político una especie de equilibrio natural. Como luego veremos, es muy probable que en la aplicación al Derecho del método científico se hallase en germen de su propia crisis, de la decadencia de la ley, pero no cabe duda de que en una época de transformaciones que quiere enterrar el viejo orden (43), dicho método hubo de contribuir poderosamente a extender la idea de la ley como ordenación racional de la sociedad. La legislación es al mismo tiempo una ciencia y un principio de cambio, porque en el siglo XVIII, cuando no ha nacido la dogmática y la exégesis, la reflexión jurídica no se contempla desde una perspectiva técnica, sino política; al Derecho vigente se le debe destruir y no interpretar (44), y el Derecho nuevo debe construirse a partir de principios filosóficos universales (45). En el fondo late un racionalismo ético, se

43) ¿Quereis tener buenas leyes?, preguntaba Voltaire: quemad las que teneis y hacedlas nuevas, Diccionario Filosófico, voz "leyes", en "Deuvres complètes", Baudouin Frères, 2ª ed. Paris, 1926, vol. LVI, p. 471 (vol. VI del "Dictionnaire - Philosophie").

44) Uno de los motivos de la prevalencia de la ley nace precisamente del propósito del hombre de modificar la sociedad. Esta dimensión política de la legislación se halla presente en numerosos autores, Vid. sobre ello la génesis histórica del positivismo jurídico en Bobbio, "Il positivismo...", p. 5-147. Vid. también Cotta, S., "Gaetano Filangieri e il problema della legge", Giappichelli, Torino, 1954, pp. 35 y ss. En un sentido crítico y antimoderno, B. de Jouvénal, "El Poder" (1974), trad. de J. de Elzaburu, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 243 y s.

45) Es difícil encontrar una sola nación que viva bajo buenas leyes...; las leyes en casi todos los Estados han nacido del interés del legislador, de la necesidad del momento, de la ignorancia, de la superstición, Voltaire, Diccionario Filosófico, voz "leyes", vol. LVI de la edición de Las

gún el cual es posible discriminar el bien del mal mediante -- una ley eterna y universal, que es plenamente comprensible con la única ayuda de la razón. La legislación como ciencia tiene por objeto descubrir ese Derecho eterno e imprescriptible; la legislación como política es un simple proceso de deducción -- que debe restaurar en la sociedad los principios descubiertos en la naturaleza del hombre. El resultado serán las leyes, las verdaderas leyes, que no son transitorias como aquéllas que na cen de una política sanguinaria (46); unas leyes dotadas de -- "bondad absoluta" porque se hallan en armonía "con los princi pios universales de la moral, comunes a todas las naciones, y adaptables a todos los climas" (47). Uno de los personajes del siglo XVIII menos inclinado a las reflexiones abstractas sobre las esencias de la naturaleza humana y que pretende fundar una ciencia política sobre bases experimentales, no podrá, sin em bargo, resistirse al clima de su tiempo: "Antes que todas esas leyes (las políticas y las civiles) están las de la naturaleza, así llamadas porque derivan únicamente de la constitución de - nuestro ser. Para conocerlas bien hay que considerar al hombre antes de que se establecieran las sociedades, ya que las leyes de la naturaleza son las que recibió en tal estado" (48).

"Oeuvres complètes", citada; vol. VI del "Dictionnaire Phi losophie", p. 470 y s.

46) Voltaire, "Commentaire sur le livre des delits et des pei nes" de Beccaria, cap. XIV, "Oeuvres complètes", cit., vol. XXXIX, p. 67-68 (vol. II de Politique et Legislation).

47) Filangieri, "Ciencia de la legislación", trad. de Juan de Ribera, imprenta de F. Villalpando, Madrid, 1821, Libro I, cap. IV, p. 64.

48) Montesquieu, "Del Espíritu...", Libro I, cap. I. p. 53. La interpretación "antiusnaturalista" de Montesquieu, aludi da en los párrafos anteriores, creemos que puede defender se a partir de los fundamentos epistemológicos de su filo so fía, pero difícilmente de un análisis literal de los textos.

Así pues, el procedimiento es sencillo: basta con examinar la naturaleza humana para conocer las reglas universales y eternas que deben constituir el objeto de toda sociedad política - y, por lo tanto, la primera razón de ser de la verdadera legislación; más adelante, y a fin de que las leyes estén en relación con las circunstancias del país y sean, por lo tanto, relativamente buenas (49), será necesario examinar la naturaleza del gobierno, el clima, la religión, la fertilidad de las tierras, etc. Pero estas circunstancias, por importantes que sean, no nos ofrecen los principios que, expresados en forma de derechos constituyen el límite del pacto, la materia no disponible por la voluntad del soberano (50) y, en definitiva, como señala Elías Díaz, "el criterio de legitimación de toda convivencia humana...(cuyo respeto) se impone objetivamente al pacto social" (51). Esos derechos únicamente pueden descubrirse en la naturaleza humana; es más, constituyen el resumen o compendio de la ley natural (52), la síntesis de los principios jurídicos del orden natural más claros y evidentes. "Las leyes de la libertad y de la propiedad territorial y mueble (o sea, los

49) Vid. Filangieri, op. cit., Libro I, Cap. V, pp. 77-80.

50) Como luego veremos, en el radicalismo democrático de Rousseau no parece existir ningún límite a la voluntad general, que puede estatuir sobre cualquier cuestión. En la práctica, sin embargo, se llegará a una solución análoga, pues nadie puede querer nada malo contra sí mismo.

51) Elías Díaz, "Libertad-Igualdad en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789" en "Filosofía y Derecho" (Estudios en honor del profesor José Cortés Grau), Univ. de Valencia, Fac. de Derecho, 1977, y también en "Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático", de donde está tomada la cita, Civitas, Madrid, 1978, p. 76.

52) Vid. Gusdorf, "L'avènement des sciences humaines au siècle des lumières", Payot, París, 1973, vol VI de la obra "Les Sciences humaines et la conscience occidentale", p. 516.

derechos del hombre en la filosofía del liberalismo) son le -
yes primitivas, esenciales y fundamentales de la sociedad hu-
mana... El orden civil, instituido como derivado del orden na
tural, no tiene ningún poder sobre esta leyes... son por esen
cia justas y fueron dadas por el soberano legislador a la más
perfecta obra salida de sus manos" (53). Su justicia y necesi-
dad se impone con tal vigor que, paradójicamente, la formula-
ción liberal de los derechos del hombre no se ajustará al mo-
delo experimental que se había generalizado en las ciencias -
sociales, sino que más bien pretenderá fundarse en unos su --
puestos cartesianos; es verdad que los hechos, es decir, la -
organización social, corroboraban la racionalidad de las De -
claraciones, pero la filosofía del iluminismo pretende ir más
allá, situando los derechos por encima de la concreta expe --
riencia histórica. No son fruto de la experiencia sino de la
evidencia (54). Con acierto afirma Dérathé que "Toda la teo -
ría del Derecho natural descansa sobre la afirmación de que -
existe, independientemente de las leyes civiles y con anterio

53) Le Trosne, "De l'ordre social, ouvrage suivi d'un traité élémentaire sur la Valeur, l'Argent, la Circulation, l'Industrie et le Commerce intérieur et extérieur", Debure Frères, París, 1777, p. 38-39, cit., por Vachet, op. cit., - vol 2, p. 94.

54) "Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales (fundamento del carácter abstracto y general de la ley); que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables...", Declaración de Independencia de los EE.UU. de 4 de julio de 1776, "Textos básicos sobre derechos humanos", ed. preparada por G. Feces-Barba y L. Hierro, Facultad de Derecho, Madrid, 1973, p. 80. Analogamente, Fidiagieri renuncia a de mostrar los principios universales de la moral cuando, al tratar de la bondad absoluta de las leyes, dice: "Paso rápidamente por estos objetos, porque siempre temo caer en el error de aquellos que se explayan inutilmente en demostrar algunas verdades en las cuales convienen todos los hombres", op. cit., Libro I, Cap. IV, p. 76-77.

riedad a todas las convenciones humanas un orden moral universal, una regla de justicia inmutable, la "ley natural" (55). Los "primeros principios metafísicos de la ciencia política", como califica Gusdorf a los derechos del hombre (56), se emancipan así del empirismo que caracterizó la formación de esa nueva ciencia. Tanto la declaración francesa como la americana pretenden enunciar verdades eternas, dotadas de valor universal, al igual que las leyes físicas; su evidencia es tal que ni siquiera es preciso demostrarlas; casi diríamos que -- tampoco es necesario protegerlos, porque "De hecho, ¿qué es -- ser libre?, se pregunta Voltaire. "Es conocer los derechos -- del hombre y, una vez conocidos, se defienden sin más" (57).

Desde esta perspectiva podemos intentar comprender la estrecha relación que existe entre la génesis histórica de los derechos del hombre y la ley. Aquellos constituyen la deducción racional de leyes universales que son descubribles de la misma forma que lo son los fenómenos físicos. La racionalidad de la ley positiva dependerá, pues, de que se respete ese análisis de la naturaleza humana del que se deducen los derechos fundamentales. La razón es el nexo que une los términos propuestos: los derechos del hombre, que son el fruto de una evidencia científica, sólo pueden expresarse mediante un instru-

55) "J.J. Rousseau et la science politique de son temps", P.U.F. París, 1950, p. 151-152.

56) "L'avènement des sciences humaines au siècle des lumières" cit., p. 517.

57) Voltaire, "Lettres sur l'Angleterre", Lettre IX, en Oeuvres complètes", vol. XXXV, p. 69 y s. En el Diccionario Filosófico dirá: "ser libre es no depender más que de las leyes", relacionando éstas con la libertad de los ingleses, op. cit., vol. V del Dictionnaire" y LV de las "Oeuvres", p. 442.

mento de racionalización jurídica, como es la ley; y, a su vez, la ley, como instrumento de racionalización, viene irremediablemente avocada a garantizar el resultado de la deducción racional sobre la naturaleza humana, es decir, los derechos del hombre, precisamente porque su racionalidad reside en otro acto concebido como libre y racional: el pacto social que da vida a la sociedad civil, cuya justificación se halla en proteger con la fuerza de todos los asociados los derechos naturales que, por supuesto, le pertenecen al hombre por el mero hecho de serlo. Naturalmente, este punto de vista sólo puede sostenerse en la medida en que se acepte que el origen de la ley no es la voluntad del legislador, sino la razón o, si se quiere, la voluntad inspirada en la razón; pero lo cierto es que esta idea gozaba de autoridad y tradición en la filosofía iluminista. Ya Spinoza había escrito que un Estado, es tanto más dueño de sí cuanto más se ajusta a la ley de la razón; porque cuando actúa contra razón se daña a sí mismo y peca. "El Estado más independiente y el más poderoso es aquel que toma a la razón como fundamento y norma. Por tanto, la forma mejor de vivir que cualquiera puede adoptar, con el fin de conservarse lo mejor posible, consiste en seguir los dictados de la razón". - (58).

Desde el tribunal de los derechos del hombre se aprecia no ya la justicia, sino la racionalidad del orden jurídico. No se confunde lo racional y lo real, sino lo racional y lo justo. - La crítica valorativa o axiológica a la ley desaparece en los

58) Spinoza, B., "Tratado Político", trad. de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1966, cap. V, 1^a, p. 171.

laboratorios que investigan la naturaleza humana y, una vez - que éstos descubren los derechos del hombre, la ley justa, o sea, verdadera y racional, será aquella que los enuncia y res peta. Lo que sucede es que la doctrina de los derechos del -- hombre, que quiere imponerse por la fuerza misma de los he -- chos, se transforma en un modelo teórico, en un sistema ideal de relaciones humanas, que permite juzgar las situaciones his tóricas y contribuir a su modificación (59). Por ello, si des de una óptica reduccionista, se consideraba que verdadera ley era sólo aquella que se ajustaba a las exigencias de los dere chos del hombre, éstos, a su vez, como principios operativos en la sociedad política, sólo podían concebirse en el marco - de la ley, única fuente del Derecho que se origina consciente mente, de acuerdo con una finalidad racionalmente calculada - de transformación de la sociedad.

También en una reflexión sobre las fuentes del Derecho es necesario sostener la modernidad de los derechos fundamenta - les, que sólo a través de la ley adquieren su dimensión trans formadora y revolucionaria. En este aspecto es significativo constatar que las libertades medievales, generalmente presen tadas en forma de carta o pacto, no pretendían innovar el orden jurídico, sino por el contrario recobrar las viejas insti tuciones, frecuentemente ignoradas por el Estado moderno en - formación. Con acierto señala B. de Jouvenel (60) que "la idea de que los hombres, cualesquiera que sean éstos, puedan hacer leyes contrarias a las costumbres, es completamente extraña a

59) Gusdorf, "L'avénement des sciences...", cit., p. 511.

60) El Poder, cit., p. 264.

la Edad Media". Por ello, el origen del rey constitucional debe buscarse en la potenciación de las funciones feudales y no en el desarrollo de la función teocrática y absolutista, según la cual la voluntad del monarca tiene valor de ley; así, cuando los barones ingleses logran su carta de libertades, lo que exigen es un juicio legal de sus iguales y por la ley del país (*lex terrae*), es decir, reivindican la aplicación del Derecho procesal y sustantivo del feudalismo (61). La primacía del Derecho nuevo (62) y la introducción de un principio dinámico en el orden jurídico constituyen una premisa indispensable de la formulación de los derechos fundamentales en el mundo moderno, es decir, de los derechos fundamentales como sistema ideal obtenido mediante una deducción racional, y no como status individuales derivados de las relaciones de dependencia propias de la sociedad feudal. La ley, que en su formulación abstracta y general lleva implícita un principio de igualdad, había de constituir en manos del Estado absoluto una seria amenaza para las libertades de la Edad Media; pero, al mismo tiempo, representaba el único instrumento jurídico capaz de enunciar los derechos fundamentales del mundo moderno, precisamente porque lo que caracteriza a éstos es la generalización de las libertades concretas en libertad abstracta.

"Se es libre de ser esclavo de la ley" (63). "La ley forma

- 61) Vid. sobre esto Ullmann, W., "Principios de Gobierno y política en la Edad Media", trad. de Graciela Soriano, Revista de Occidente, Madrid, 1971 (1ª ed. en inglés 1961), p. 166 y ss. y 282 y ss. Vid. también la Carta Magna (1215), en especial su cláusula núm. 39, "Textos básicos sobre derechos humanos", cit., p. 24.
- 62) Vid. García-Pelayo, "Del mito y de la razón en el pensamiento político", cit., p. 96 y 126 y s.
- 63) Cambacères, cit. por Ripert, "Le déclin du Droit", LGDJ, París, 1949, p. 67.

da de este modo (como expresión de la voluntad general) consa
gra necesariamente el interés general, porque, al regular ca-
da uno su voluntad sobre su interés, de la mayoría de las vo-
luntades, debe resultar la mayoría de los intereses" (64). "La
libertad consiste en depender tan sólo de las leyes" (65). "A
la sombra del magestuoso e incorruptible árbol de la ley, des-
cansará el ciudadano industrioso y pacífico sin que le asus-
ten más las intrigas" (66). Esta es una idea que se repite --
constantemente en la filosofía jurídica del siglo XVIII, de -
Voltaire a Kant, de Rosseau a Filangieri. La ley concebida co-
mo relación necesaria, como ordenación racional, igual para -
todos, enunciada de forma simple, general y abstracta, consti-
tuye el fundamento doctrinal de la codificación y, sin duda,
ayuda a explicar la confianza que el mundo liberal depositó -
en la ley, una confianza que, como señala Rivero (67), ha lo-
grado sobrevivir a su justificación doctrinal e incluso a los
desmentidos de la experiencia. Sin embargo, los factores seña-
lados, aún siendo importantes para generalizar un cierto con-
fusionismo entre orden social y orden físico, no pueden expli-
car por sí solos el prestigio de la ley. Es cierto que el si-

64) Saint-Just, "Discurso sobre la Constitución que se tiene
que dar a Francia", cit., p. 89.

65) Voltaire, "Pensamientos sobre la Administración pública",
XX en "Opúsculos satíricos y filosóficos", Prólogo de C.
Pujol, trad. de Carlos R. de Dampierre, Alfaguara, 1978, -
p. 194.

66) Felicitación al Congreso por la promulgación de la Consti-
tución de Isidoro Antillón, recogida en el tomo III, p. -
363, del Diario de las Cortes, cit., por M. Cruz Seoane,
"El primer lenguaje constitucional español, (Las Cortes -
de Cadiz)", Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1968, p. 85.

67) Rivero, "Les libertés publiques", vol. I, "Les droits de
l'homme", P.U.F., París, 1978, p. 69.

glo XVIII parte de una antropología optimista que impregna todas sus reflexiones, pero ello no implica ingenuidad. Por el contrario, la propia metodología empírica que confía en hacer de la sociedad y de la política un objeto científico, hubiese servido de contrapunto realista a cualquier pretensión de atribuir sin más la certeza y universalidad de las ciencias a las leyes positivas; además de que, como es obvio, la proximidad histórica del absolutismo y de los restos del orden medieval recordaban la arbitrariedad que podían revestir las leyes. Es más, con frecuencia los autores de la Ilustración (68) aludirán a las funestas consecuencias que se derivan del olvido de las leyes de la naturaleza, si bien es cierto que sus censuras se dirigirán preferentemente a la falta de legitimidad material y no al fundamento mismo de la legislación, es decir, el poder (69). Lo cierto es que el prestigio alcanzado por la ley en los siglos posteriores debe atribuirse más, quizá por influencia del positivismo, al tipo de legitimidad formal que al contenido de la norma. Incluso cuando se tiene el convencimiento de que el mandato de la ley puede ajustarse a un criterio de justicia, la confianza depositada en ella perderá vigor o, al menos, se tratará de una devaluación paulatina.

No obstante, creemos que en el siglo XVIII es difícil ha -

68) Así Voltaire, Filangieri y, sobre todo, los críticos del Derecho Penal.

69) Esta afirmación debe matizarse en el sentido de que la incorporación por la ley de las exigencias de la razón no se hace depender principalmente del origen democrático del poder, sino de las virtudes del monarca. No es que se olvide el problema del poder, pero éste se circunscribe el estudio de los procedimientos más idóneos para asegurar las cualidades del príncipe ilustrado.

llar una distinción entre racionalidad (contenido) y origen de la ley o, para ser más exactos, que, a diferencia de lo que sucederá después en la concepción formalista de la justicia, en la relación entre ambos elementos prevalece el primero. Buena parte de los autores de la Ilustración sienten una notable indiferencia hacia la forma de gobierno, es decir, hacia los problemas de legitimidad formal, o bien reconocen que no existe ningún sistema absolutamente bueno y que el más idóneo será -- aquel que mejor se adapte al clima, a las costumbres y, en definitiva, a las circunstancias de la nación. Lo importante no es que las leyes respondan a un procedimiento democrático, sino que expresen las exigencias de la naturaleza humana, que -- son evidentes para la razón. Pese a ello, será en el Siglo de las Luces cuando cobre fuerza el dogma de la voluntad general, del origen democrático de la ley; pero a nuestro juicio, y esto es lo significativo, la voluntad general se configura no como una instancia de legitimidad independiente del contenido, sino precisamente como una condición de que ese contenido ha de responder a los postulados de justicia material. Más tarde, la idea de ley conservaría sus trazos vigorosos gracias, en primer lugar, a la ficción de la voluntad general en su versión -- de democracia representativa, con relativa independencia del -- sentido del mandato; (70) pero en el origen de los derechos --

70) Se trata, por supuesto, de una apreciación relativa. También en el Derecho del siglo XX se conocen criterios de legitimidad material que tratan de garantizar la justicia o racionalidad de la norma. Lo único que queremos indicar es que, a nuestro juicio, la legitimación formal que proporciona el principio democrático no se concibe originalmente tan separadamente como hoy, sino que predomina la preocupa

fundamentales ambos problemas resultan inseparables, con preferencia para el contenido. Por esta razón no parece correcto -- atribuir a la rousseauniana voluntad general la responsabilidad de la idea moderna de ley(71). Creemos que en el siglo XVIII la voluntad general aún no se ha independizado del problema de la racionalidad. La voluntad general y la democracia constituyen un principio operativo bien porque se estime que es un expediente para resolver de forma pacífica los conflictos, bien porque se tenga fe en su infalibilidad. Hoy tal vez prevalece la primera idea, pero los planteamientos de la filosofía jurídica del setecientos ofrecen base suficiente para -- pensar que el éxito de la voluntad general descansaba en el segundo sentido, es decir, que se configuraba como un principio complementario de lo verdaderamente importante: el contenido de la ley. En ese contenido, racional y respetuoso con las exigencias de la naturaleza, creemos que debe buscarse el origen del prestigio de la ley, de la confianza que se depositó en ella.

El planteamiento de Rousseau no será distinto: "Lo único -- que podemos ver clarísimamente con respecto a esta ley es que no sólo, para que sea ley, se requiere que la voluntad del que ha de acatarla pueda someterse a ella con conocimiento, sino -- que, además, para que sea natural, es preciso que hable directamente con la voz de la naturaleza" (72). Tal vez una lectura

ción por la racionalidad y, en cierta manera, el procedimiento de formación de la ley se sitúa al servicio de su justicia.

71) Así, por ejemplo, Rivero, "Les libertés publiques", cit. p. 69; Peces-Barba, "Derechos fundamentales", cit., p. 139.

72) "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres" en "Escritos de combate", cit. Prefacio, p. 144.

apresurada de Rousseau pueda llevarnos a la conclusión de que el filósofo ginebrino sostiene un concepto puramente formal de la ley y que su única aportación valiosa en este punto consiste en haber ofrecido los fundamentos doctrinales de la democracia. No lo creemos así. Rousseau no renuncia a las exigencias de -- justicia, ni de la naturaleza, sino al método tradicionalmente utilizado para determinar esas leyes naturales. Es significativo que, tanto en el Discurso sobre la desigualdad como en el Contrato social, comience el análisis de estas cuestiones criticando los planteamientos del iusnaturalismo racionalista -- (73) y, con ello, criticando también el intento de fundar una ciencia social sobre bases experimentales: "Empecemos, pues, -- por descartar todos esos hechos, ya que no afectan para nada a la cuestión. Las investigaciones que pueda uno acometer a este respecto no hay que tomarlas por verdades históricas, sino únicamente por razonamientos hipotéticos y condicionales.." (74). Si no es posible conocer con seguridad esas leyes de la natura

73) "...definiendo esa ley cada cual a su modo (se refiere a -- la ley natural), la fundan todos en unos principios tan metafísicos que, aun entre nosotros, se cuentan bien pocos -- en situación de comprender tales principios..." y añade: -- "se empieza por buscar aquellas normas que, en pro de la -- utilidad común, convendría que los hombres aceptasen de -- buen grado y conformidad; y luego se da el nombre de ley -- natural a la compilación de esas normas, sin otra prueba -- que el bien que se piensa que resultaría de su práctica -- universal", Discurso sobre el origen...", cit., p. 143-144. Es significativo constatar, por otra parte, las semejanzas de este planteamiento con las tesis de Marx acerca de la -- producción social de las ideologías. Vid., por ejemplo, -- las consideraciones sobre "el verdadero socialismo" en "La ideología alemana" ed. Pueblos Unidos-Grijalbo, Montevideo Barcelona, 1972, p. 543-546.

74) Discurso sobre la desigualdad, cit., p. 151. Vid. sobre -- ello Derathe, "J.J. Rousseau et la science politique...", cit., p. 23.

leza, difícilmente podrá fundarse en ellas la legitimidad de las leyes positivas. Y, sin embargo, a pesar de renunciar a esa instancia crítica del Derecho positivo que es el orden natural, Rousseau se erige en el más vigoroso defensor de la ley: la ley es el movimiento y la voluntad del cuerpo político y, en el estado civil, todos los derechos están determinados por ella (75). Siendo inciertos los mandatos de la ley natural, diríase que el abandono del estado de naturaleza hubo de suponer una gran desgracia para el hombre, que la ley constituye el instrumento de su opresión y que el cuerpo político se eleva como un nuevo Leviathan (76). ¿Cómo puede afirmarse entonces que el hombre "debería bendecir sin tregua el venturoso instante en que la abandonó (la condición natural) para siempre y en que, de un animal estúpido y limitado, se transformó en ser inteligente y en hombre"? (77).

La perplejidad que suscita este planteamiento deriva, a nuestro juicio, del propósito de interpretar la obra rousseauniana a partir de los esquemas propios del liberalismo. La defensa del contrato social como enajenación total de cada asociado con todos sus derechos en el cuerpo social (78) y el reconocimiento de la fuerza omnímoda encarnada por la voluntad general, debe entenderse como una consecuencia de la "antigüe-

75) Contrato Social, Libro II, Cap. VI, p. 431.

76) Esta sería la interpretación del liberalismo decimonónico. Valga como ejemplo este juicio de Constant: "Rousseau ha ignorado esta verdad (se refiere a los límites de la legislación), y su error ha hecho de su Contrato social... el instrumento más terrible de todos los géneros de despotismo", "Principios de Política", p. 10.

77) "Contrato Social", Libro I, Cap. VIII, p. 414-415.

78) "Contrato Social", Libro I, Cap. VI, p. 411.

dad" de Rousseau, es decir, de su no liberalismo. Antigüedad - en el sentido de que Rousseau prescinde de la escisión característica que se verifica en el pensamiento moderno entre lo público y lo privado, entre la moral y el Derecho, en definitiva, entre la sociedad civil y la sociedad política. Se produce de esta forma lo que Cerroni ha llamado la "indiferenciación" - del ethos" (79), que supone la imposible distinción entre política, moral y religión, y, sobre todo, una concepción participativa de la libertad como integración directa en el cuerpo social (80).

Desde esta perspectiva, que muy poco tiene en común con -- los supuestos teóricos y prácticos del Estado liberal, resulta comprensible la aureola de majestad que rodea el concepto rousseauniano de ley. La sumisión al cuerpo social y consiguiente -- mente la obligatoriedad de la ley, que es su expresión genuina, no supone el sometimiento de una voluntad individual porque en realidad, como ha señalado Cassirer, "se cancela la mera voluntad particular en cuanto tal, que ya no exige por sí misma, sino que persiste y quiere tan solo dentro de la voluntad total, en la voluntad générale" (81). En definitiva, gracias al contrato social y a la ley, que es la expresión de la voluntad del -- cuerpo político creado mediante el contrato, el hombre se trans

79) "La libertad de los modernos", trad. de R. de la Iglesia, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1972, p. 87.

80) De ahí el rechazo de la representación: "La soberanía no -- puede ser representada, por la misma razón que no puede -- ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa.... Toda ley que no ha ya ratificado el pueblo en persona es nula, no es una ley", Contrato Social, Libro III, Cap. XV, p. 484.

81) Cassirer, "Filosofía de la Ilustración", trad. de E. Imaz, - FCE, México, 2ª ed. 1950, p. 289.

forma en un ser moral (82).

Ciertamente, no podía expresarse de forma más concluyente la soberanía de la ley. No cabe preguntarse si la ley es in - justa, porque nadie es injusto contra sí mismo, ni cuál es el ámbito de autonomía inmune frente al Estado, porque la libertad consiste precisamente en el sometimiento a la ley que uno se ha prescrito (83). El problema de la libertad civil no se centra, pues, en la cantidad de poder que acumula el Estado, sino en su cualidad o fundamento.

La ley, que es por naturaleza igual para todos, establece la esfera de autonomía personal, los derechos del individuo, no como partícipe en el cuerpo político, sino como persona -- privada... Pero lógicamente esos derechos no pueden definirse como verdaderos límites del poder soberano. ¿Dónde buscar, -- pues, el fundamento de lo que pudieramos llamar libertad natu ral, es decir, el ámbito inmune a la coacción?. La respuesta se halla en la propia ley, en sus cualidades intrínsecas. En primer lugar, la ley es general y abstracta o sea, igual para todos: "... el soberano jamás tiene derecho a exigir de un -- súbdito más que de otro, porque entonces, al tomar el asunto carácter particular, su poder deja de ser competente" (84), -- pero como la voluntad del soberano está formada por la voluntad de todos, nadie deseará para sí mismo una ley tiránica o

82) "Contrato Social", Libro I, Cap. VIII, p. 415.

83) "Contrato Social", Libro II, Cap. VI, p. 432 y Libro I, -- Cap. VIII, p. 415. Sobre el problema de la libertad⁸² Rousseau y su relación con el concepto de autonomía kantiana, vid. Bobbio, "Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele -- Kant" Giappichelli, Torino, 2ª ed. 1969, p. 72-75.

84) "Contrato Social", Libro II, Cap. IV, p. 428.

injusta; en el pensamiento de Rousseau ésta parece una hipótesis racionalmente inconcebible. En segundo lugar, la ley no sólo es el instrumento de transformación de la sociedad, sino la encarnación misma del cambio. No puede constituir un obstáculo a la evolución y al progreso porque es una ley constituyente; el cuerpo social se halla de manera perpetua en fase constituyentes. Ningún lazo puede atar la voluntad general, pues Rousseau, además de la teoría de la representación, rechaza también la idea moderna de Constitución como norma jurídica jerarquicamente superior que vincula la voluntad del legislador, precisamente porque no concibe un cuerpo legislativo separado de la sociedad.

De un contrato social en el que la enajenación es total sólo pueden temerse leyes arbitrarias si concebimos la democracia como un expediente político para resolver pacíficamente los conflictos, como una simple convención en virtud de la cual la minoría debe plegarse a los acuerdos de la mayoría. Sin duda, un planteamiento semejante no excluye las leyes injustas y contrarias a la libertad y requiere, por lo tanto, un complemento que ofrezca criterios de legitimación material; lo que, por otra parte, sirve para relativizar el valor y el prestigio de la ley. Pero en Rousseau la democracia es un principio moral y una regla infalible. No sólo no renuncia a la libertad, sino que, por el contrario, confiesa que el objeto de su reflexión es encontrar una forma de asociación en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes (85). Lo 85) "Contrato Social", Libro I, Cap. VI, p. 410.

que sucede es que las reglas que han de organizar esa asociación no pueden deducirse racionalmente de la naturaleza, sino que han de ser fijadas por el hombre. La ley es la continuación, en el plano de la decisión humana, de la ley de la naturaleza abolida desde ese momento (86). Ahora bien, ¿cómo lograr que las leyes expresen el orden de la razón, nos descubran el camino de la virtud y nos lleven a la felicidad?, ¿cómo evitar que las leyes se inspiren en el egoísmo o en el interés?. En ese instante es preciso invocar un principio de la naturaleza, el único que tal vez admite el planteamiento de Rousseau: la igualdad de todos los hombres. La voluntad general es constante, inalterable y pura y, bajo su ley, que es la ley de la razón, nada se hace sin causa, igual que bajo la ley de la naturaleza (87); pero la seguridad en esta rectitud no deriva de unos principios de justicia material, sino de la que constituye primera y única cláusula del pacto social, a saber: la enajenación total porque, "dándose cada cual por enterado, la condición es igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás" (88). La ley ha de ser necesariamente recta porque, confundiéndose autor y destinatario, nadie dará su aprobación a una ley arbitraria o injusta que luego se verá obligado a padecer. "Lo que demuestra, dice Rousseau, que la igualdad de derecho y la noción de justicia que origina provienen de la importancia que cada cual se atribi

86) Vid. Burgelin, "La Philosophie de l'existence", PUF, París, 1952, p. 526.

87) Vid. "Contrato Social", Libro II, Cap. IV, p. 426 y Libro IV, Cap. I, p. 494.

88) "Contrato Social", Libro I, Cap. VI, p. 411.

buye y, por lo tanto, de la naturaleza del hombre..." (89). La psicología del resentimiento, lo ha calificado Burgelin (90). - Generalidad y abstracción de la ley representan el complemento esencial de la igualdad; es más, ésta solo se realiza cuando - todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, cuando la mate - ria que se regula es general, lo mismo que la voluntad que estatuye (91). Como indica Burgelin (92), si la justicia proviene de la ley, ésta, expresión de la voluntad general, permanece sometida a un principio de igualdad que se funda en la identidad de la naturaleza humana.

La fundamentación doctrinal del mito de la ley puede decirse que había finalizado. El racionalismo había acercado la ley a los hombres y Rousseau autorizaba su utilización como instrumento de transformación de las sociedades. Nada podía temerse de una ley general y abstracta, igual para todos y creada por todos, fiel a una voluntad general no mediatizada por cuerpos intermedios, que expresaba el dinamismo social porque ningún principio constitucional podía condicionarla; la ley tenía que expresar necesariamente un orden de justicia, sin que fuese -- preciso invocar el Derecho Natural. A una sociedad autosuficiente -- corresponde un Derecho autosuficiente, y la ley, la más acabada expresión del nuevo Derecho, no necesita justificarse en criterios metajurídicos. Con el dogma de la generalidad se sientan las bases de la noción formal de la justicia (93) que

89) "Contrato Social", Libro II, Cap. IV, p. 426.

90) Burgelin, op. cit., p. 529,

91) "Contrato Social", Libro II, Cap. VI, p. 431.

92) Burgelin, op. cit. p. 529.

93) Vid. Bobbio, "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", - cit., p. 80-85.

se resume en los valores de orden e igualdad.

La crítica de los fundamentos doctrinales del concepto moderno de ley y, particularmente, los desmentidos de la experiencia provocarán la paulatina decadencia de la ley o, al menos, de su prestigio indiscutible; pero, sin duda, la influencia que en la organización de los derechos fundamentales ha tenido el mito de la ley puede calificarse de definitiva. Desde la Declaración de 1789, en la que, casi sin cautelas, se remite a la ley la regulación de las libertades, hasta el perfeccionamiento de los sistemas de fiscalización del legislador, una larga experiencia demostrará que el poder ejecutivo no monopoliza la hostilidad contra los derechos fundamentales.

III. LA DECADENCIA DE LA LEY.

Hablar de crisis o decadencia de los valores e instituciones no es una característica exclusiva de nuestra época -- ni tampoco es, por supuesto, un juicio que se pronuncie sólo en relación con el Derecho. El cambio es la esencia de la -- historia, y cuando las experiencias vienen a desmentir aquellas ideas que constituyen el fundamento de los esquemas intelectuales generalmente aceptados, no puede sorprender que muchos hombres identifiquen el cambio con la crisis y la crisis con la decadencia. Tal vez estas ideas deban vincularse a un fenómeno más transcendental de connotaciones religiosas como es el miedo del hombre a lo desconocido, su incapacidad para dominar las leyes de la naturaleza y el devenir de su -- propia historia; pero en cualquier caso, parece cierto que -- la conciencia de crisis se prolonga sin solución de continuidad a lo largo de todos los capítulos que componen la evolución del pensamiento; en especial, del pensamiento contemporáneo, pues, como indica Giner, el tema central dominante -- del pensamiento social occidental desde los albores mismos -- de la Revolución Francesa ha sido el de la supuesta crisis -- de la sociedad moderna (94). No debe pensarse, sin embargo, que esa conciencia se presenta siempre teñida de ideología -- conservadora en el sentido político o ideológico de la expresión (95), pues con frecuencia se persigue transformar las --

94) S. Giner, "Historia del Pensamiento Social", 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1975, p. 568.

instituciones heredadas o dar explicación al rumbo de los -- acontecimientos invocando viejos valores a quienes se considera como la genuina expresión del espíritu del pueblo o, -- mas sencillamente, como simples registros de la voz de la naturaleza (96). La conciencia de crisis es en ocasiones una -- manera de justificar la reflexión acerca de las formas de organización de la sociedad, así como de las instituciones y procedimientos que son requeridos para dar satisfacción a -- las necesidades del hombre, nacidas muchas veces del desajuste entre la realidad y los valores. La crisis, en fin, son -- siempre relativas; Saint-Simon y su escuela distinguía entre periodos orgánicos y periodicos críticos (97), suponiendo -- que determinadas etapas se caracterizaban por una actividad de organización armónica, de acuerdo con ciertos principios o ideas casi indiscutibles, mientras que otros momentos que-

95) Aunque, ciertamente, la reivindicación de los viejos valores y costumbres y el escándalo ante las nuevas actividades sea uno de los temas predilectos del pensamiento conservador. Vid. para España, el libro de J. Herrero, "Los orígenes del pensamiento reaccionario español," Edicusa, Madrid, 1973. También tiene interés la obra de J.A. Portero, "Púlpito e ideología en la España del siglo XIX", Portico, Zaragoza, 1978

96) La invocación de precedentes históricos para justificar el cambio de las instituciones no es inusual en la historia del pensamiento. Así, por ejemplo, Hotman defenderá en el siglo XVI la tolerancia y los límites del poder, -- exigiendo fidelidad a unas supuestas tradiciones de los reyes galos. Los ejemplos que propone son, sin duda, muy discutibles, pero en cualquier caso ponen de relieve esa reivindicación de la historia en sentido progresista. Sobre "La Gaule françaia" (1ª ed. Colonia, 1574, trad. del latín de S. Goulart) vid. Mesnard, "L'Essor de la Philosophie politique au XVI siècle", Vrin, París, 2ª. ed., -- 1952, p. 327-336. Vid. también, Peces-Barba, "La Filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII", en "Libertad, Poder, Socialismo, Civitas, Madrid, p.37, y s.

daban marcados por la turbulencia, por la contradicción entre el viejo y nuevo orden. El esquema, tal vez sugestivo para el análisis de los acontecimientos con perspectiva histórica --- pues siempre es tranquilizador someter el devenir de las sociedades a una ley de evolución (98), parece ~~no~~ obstante muy discutible, porque, ¿en qué momento no ha creído el hombre hallarse en un periodo crítico?. El historiador puede suponer --- tal vez que la Edad Media alberga una etapa de organización y que con el Renacimiento despunta la crisis, pero probablemente esta afirmación no la hubiese suscrito un pensador medieval. El ejemplo nos lo ofrece el propio Saint-Simon, que, como es lógico, creía vivir en un periodo de crisis, cuando resulta que, al menos en el plano del Derecho, los juristas del presente consideran el siglo XIX como una centuria de organización, en la que se asimilan y plasman en el ordenamiento positivo los postulados reformadores del XVIII.

Sirvan estas consideraciones para afrontar el problema de la crisis o decadencia del Derecho (más concretamente de la ley, que es el Derecho moderno) con un talante relativista. -

- 97) Vid. "De l'organisation sociale", V. en Oeuvres choisies", Bruxelles, 1859, vol. III, p. 305, citado por Ravà, "Crisi del diritto e crisi mondiale", en "La crisi del Diritto" a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, con trabajos de Balladore Pallieri, Calamandrei, Carnelutti, Capograssi y otros, CEDAM, Padova, 1953 p. 55.
- 98) Vid. sobre esto las consideraciones de Stern, "La filosofía de la historia y el problema de los valores", trad. de D. Nudler, EUDEBA, 2ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 212.
- 99) Sobre este tema, quizás debamos destacar en la obra de -- Marx su "Contribución a la crítica de la economía política" de 1856 y, junto con Engels, el propio Manifiesto Comunista de 1848. Destaca también el "Saggi sul materialis

Tal vez no seamos capaces de comprender sus líneas de evolución, pero esta falta de conocimiento no autoriza la adopción de una actitud milenarista que anunciase la muerte del Derecho. En realidad, la crisis pertenece a la esencia del Derecho. No es necesario comulgar con el materialismo histórico (99) para aceptar que las categorías jurídicas tienden a cristalizar y a perpetuarse a pesar de las transformaciones que sufren las relaciones que constituyen el objeto de su regulación. Los juristas son, por temperamento, conservadores, según dice Ravá (100). En ocasiones, las instituciones jurídicas gozan de la suficiente flexibilidad como para dar respuesta a nuevas necesidades sociales, incluso a veces sirviendo una finalidad distinta de aquélla en vista de la cual fueron creadas (101). Pero puede suceder también -- que las instituciones no sean susceptibles de adaptación y entonces surge la crisis; se trata generalmente de un proceso de crisis, de una decadencia que puede culminar en la expulsión radical del mundo del Derecho (V.gr. la esclavitud)

mo storico" de Labriola, Ed. Reuniti, Roma, 1964; de G. della Volpe, "Crítica de la Ideología contemporánea", Ed. Riuniti, trad. de M^a. E. Benitez, Comunicación, -- 1970, p. 21 y s.; Rossi, vol. III de la "Génesis del materialismo histórico", Comunicación, Madrid, 1974. Finalmente, también desde una perspectiva marxista, pero referida al Estado capitalista contemporáneo, vid. la obra colectiva "La crisis del Estado", edición a cargo de N. Pulantzas, con trabajos de Buci-Glucksmann, Vincent, Hirsch, Castells y otros, trad. de S. Vilar, Fontanella, 1977.

100) "Crisi del diritto e crisi mondiale", citado, p. 64.

101) Los ejemplos que nos ofrece la historia del Derecho -- son abundantes. Vid. la evolución del contrato (o sociedad) de cuentas en participación.

o bien en una transformación cualitativa que propicia el nacimiento de una nueva institución. En el mundo del Derecho, la crisis, así como la conciencia de crisis, afecta tanto a los contenidos como a las formas, es decir, tanto a lo que la ley manda o permite, como a la ley misma como fuente del Derecho (102).

Por otra parte, es comprensible que la crisis del Derecho se haya relacionado con el problema de su desaparición o superación (103). Al fin y al cabo, en una interpretación discutible del pensamiento de Marx, en la que ahora no es ocasión de extenderse, si el Derecho y el Estado se transforman al ritmo que indican las necesidades sociales -la infraestructura- lo más lógico es que desaparezcan cuando esas necesidades hayan cesado, más concretamente, cuando el final de la sociedad clasista convierta en superfluo un instrumento cuya finalidad es perpetuar la dominación de una clase sobre otra. No se trata, empero, de la misma cuestión, y ni siquiera debemos considerar que la teoría de la desaparición del Derecho -- sea una radicalización de los planteamientos sobre su crisis. Estos últimos expresan la duda o la perplejidad ante las trans

102) Para Ripert la decadencia del Derecho es resultado de la combinación de ambos elementos: la crisis de la ley como fuente del Derecho y la invasión de la norma en ámbitos anteriormente inmunes al legislador. Vid. su obra ya citada, en especial pp. 67 y ss y 189 y ss.

103) La relación entre ambos problemas se pone de relieve, por ejemplo, en el número que los Archives de Philosophie du Droit (1963) dedicaron al problema de "Le dépassement du Droit", en el que junto a trabajos sobre la desaparición del Derecho o el planteamiento del tema en los textos de Marx (el de Lyon-Caen o Stoyanovitch, por ejemplo) hallamos otros sobre "le declin du Droit" (Batiffol) o "Le déclin de la loi" (Burdeau).

formaciones y trata de buscar en el propio Derecho una respuesta a las mismas, mientras que las teorías sobre la desaparición anuncian el final del orden jurídico, no porque sea incapaz de adaptarse a las nuevas necesidades, sino simplemente porque ya no será necesario.

El segundo tercio de este siglo coincide con el nacimiento -- o tal vez sea mejor decir con el renacimiento -- de la idea de crisis en el Derecho. Desde que en 1930 Carnelutti pronuncia su discurso sobre la crisis de la ley (104), las reflexiones acerca de la decadencia del Derecho y de los principios que informaron la Ciencia jurídica del XIX se han convertido casi en un lugar común. Junto al conocido libro de Ripert (105), multitud de estudios (106) se propusieron esclarecer las causas de la crisis, delimitar sus efectos y aventurar soluciones; se analizó el problema desde las más variadas perspectivas: crisis del Estado moderno, del Derecho natural, crisis mundial, de la justicia, etc. -- El propio Carnelutti llegó a temer la muerte del Derecho (107). La Universidad de Padua dedicó un curso de conferencias (108) y los Archives de Philosophie du Droit consagraron un número monográfico al tema de "Le dépassement du Droit" (109).

104) Carnelutti, "La crisi della legge", discurso pronunciado en el "Istituto Veneto di scienze lettere ed arti" el 25 de mayo de 1930, recogido en la Rivista di Diritto pubblico, 1930, I. p. 424 y s.; y más tarde en "Discorsi intorno al Diritto", edición utilizada por nosotros, CEDAM, Padova, 1937, p. 167-182. Ya antes, Morin G., "La loi et le contrat: la décadence de leur souveraineté", Paris, 1927.

105) Ripert, "Le déclin du Droit", LGDJ, Paris, 1949.

En líneas generales, buena parte de estas reflexiones vienen a poner de relieve la escasa fidelidad de la experiencia jurídica a los postulados fundamentales del Derecho moderno. La decadencia del Derecho, que es principalmente decadencia de la ley (110), deriva, según Carnelutti (111), de un elemento cuantitativo. La multiplicación de las leyes, que viene -- exigida por la complejidad de la sociedad moderna y por el -- consiguiente aumento de sus conflictos, provoca una transformación cualitativa: la función de crear leyes se escapa del -- ámbito de las Asambleas para ser asumida por el Ejecutivo(112) los tecnócratas sustituyen a los representantes de la voluntad general (113); el decisionismo de la norma particular se

- 106) Vid. del propio Carnelutti, "La crisi del Diritto" en -- "Giurisprudenza Italiana", 1946, parte IV, col. 65-78 y -- también en "Discorsi intorno al Diritto", vol. II, Cedam, Padova, 1953, p. 65-83; esta última es la versión consultada por nosotros. Vid. también Jemolo, "Il nostro tempo ed il Diritto" en "Archivio Giuridico", vol. CVII, 1932, p. 129-170. Mossa, "La crisi del Diritto in Europa" en -- Nuova rivista de Diritto Commerciale, vol. IV, 1951, p. 211 y ss.; Del Vecchio, "La crisis del Estado", trad. de M. Fraga en "Persona, Estado y Derecho", IEP, 1957, p. 410 y s.
- 107) Carnelutti, "La morte del Diritto" en "La crisi del Diritto", Cedam, Padova, 1953, p. 177 y s.
- 108) "La crisi del Diritto", Cedam, Padova, 1953, con trabajos de Balladore-Pallieré, Calamandrei, Capograssi, Carnelutti, Delitala, Jemolo, Ravà y Ripert. Hay trad. castellana de M. Cheret, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- 109) En realidad, el tema propuesto por los Archivos era el -- de la superación o desaparición del Derecho, sobre todo en la obra de Comte y Marx. Sin embargo, varias de las -- comunicaciones presentadas enfocaron la cuestión desde -- la perspectiva de la crisis del Derecho; así, por ejemplo, las de Burdeau y Batiffol, ya citadas.
- 110) En este mismo sentido, Carnelutti: "El aspecto más saliente de la crisis del ordenamiento jurídico se manifiesta en la legislación" en "La crisi del Diritto", cit., p. 68.

impone sobre la generalidad y abstracción de los viejos Códigos; se sacrifica el valor de la seguridad y de la certeza en aras de la intervención circunstancial y cambiante (114); la presunción de que "ignorantia iuris non excusat" se transforma en una verdadera ficción. Todo deviene Derecho público — (115), es decir, cada vez resulta menor el ámbito de autonomía y libre disposición; es más, se lamenta Ripert (116), el legislador moderno ha olvidado aquella valiosa distinción de Domat entre leyes inmutables y leyes arbitrarias (117) e incluso ha perdido conciencia de las limitaciones que sufría el propio rey de Francia, "qui n'osait pas toucher su Droit civil".

No se trata, pues, de una crisis de los instrumentos jurídicos, de una simple falta de adecuación a las exigencias de la sociedad y del Estado contemporáneos. En numerosas versiones, la crisis de la ley aparece como un síntoma y a la vez — como una causa de la decadencia del liberalismo. Probablemente tiene razón Burdeau cuando dice que la racionalidad no es en nuestro tiempo un criterio de valor ni un motivo de adhesión (118) y que, por lo tanto, seguir concibiendo la ley co-

111) "La crisi della legge", cit., p. 171.

112) En este sentido, García-Pelayo, "Las transformaciones del Estado contemporáneo" Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 115 y Burdeau, "Le déclin de la loi", cit., p. 63.

113) Vid. sobre esto Jemolo, "La crisi dello Stato Moderno" — en la "Crisi del Diritto", cit., p. 91 y ss., en especial 118-128. Vid. también, desde una perspectiva más general, García-Pelayo; "Burocracia y Tecnocracia", Alianza Editorial, Madrid, 1974, p. 32 y s.

114) Vid. Ripert; op. cit.; cap. V.

115) Vid. Ripert, op. cit., cap. II.

116) Ripert, op. cit., p. 5.

mo instrumento de ordenación racional ya no resulta suficiente para asegurar el consenso de la mayoría; pero, en cualquier caso, sería necesario preguntarse ante todo si la ley sigue siendo una expresión de racionalidad al servicio de esos tres grandes valores que son la libertad, la igualdad y la seguridad, y, no menos importante, si para la conciencia social la ley puede dar satisfacción a esas exigencias.

En primer lugar, la multiplicación de las leyes, la dificultad para ser conocidas y la frecuencia de sus modificaciones pone en peligro el fundamento de la llamada "versión moderada del positivismo ético" (119), esto es, el orden como valor, final o instrumental, del Derecho. La certeza se torna inseguridad sobre la ley vigente y aplicable al caso concreto y, por consiguiente, se frustra la pretensión de ordenar la vida social mediante reglas sencillas, duraderas y de las cuales se pueda presumir razonablemente su conocimiento (120). En segundo lugar, la igualdad se ve comprometida por la naturaleza particular, cuando no individual, de las normas jurídicas; la igualdad es violada, dice Ripert (121), si la ley hace entre los destinatarios del Derecho distinciones que no guardan ninguna relación con el objeto de la norma. Finalmente, la crisis de la ley supone decadencia de la libertad por la progresiva reducción del ámbito de autonomía privada; las "leyes reglamentarias" (122), que en su rigor matemático y --

117) Sobre Domat, vid., con abundante bibliografía, la obra de Tarello "Storia della cultura giuridica moderna", vol. I "Assolutismo e codificazione del diritto", Il Mulino, Bolonia, 1976, p. 157 y s.

118) Burdeau, "Le déclin de la loi", cit., p. 38.

afán exhaustivo no dejan lugar a la apreciación de motivos y fines; la invasión por el Derecho público de recintos antes reservados a la libre disposición de los sujetos privados y, en definitiva, la ampliación del catálogo de materias y relaciones sociales relevantes para el legislador, cierran este cuadro sombrío que anuncia el fin de la libertad individual. La crisis de la ley es también, en un plano más jurídico, la crisis del dogma de la plenitud del Derecho, que con razón - ha sido calificada por Bobbio como "il cuore del cuore del - positivismo giuridico" (123). El dogma de la plenitud, que - satisfacía dos postulados esenciales del Derecho liberal como eran la prohibición de que el juez crease Derecho y al mismo tiempo la obligación de que resolviese toda controversia, aparece hoy claramente desmentido y ya no se duda que las lagunas legales son inherentes a todo orden jurídico, centrándose el problema en el modo de resolverlas para seguir garantizando la solución jurídica de cualquier conflicto; pero -- ciertamente reconocer la existencia de lagunas equivale a reconocer una importante función al juez que ya no puede presentarse como la boca muda que pronuncia las palabras de la

119) Vid. Bobbio, "Il positivismo giuridico", cit., p. 273.

120) Acerca de la relación entre justicia y certeza y sobre la preeminencia del legislador ante el juez en el pensamiento positivista, vid. Carnelutti, "Bilancio del positivismo giuridico", Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1951, p. 281. Cito por la edición de los "Discorsi intorno al Diritto", p. 241-261, p. 247.

121) Ripert, op. cit., p. 34.

122) Ripert, op. cit., p. 70.

123) "Il positivismo giuridico", cit., p. 244.

124) Vid. Bobbio, "Teoria dell'ordinamento giuridico", Giappichelli, Torino, 1960; Conte, "Saggio sulla complete-

ley, con lo que ello supone para el mantenimiento de los principios que inspiraron el viejo Derecho liberal (124).

En el fondo, como puede verse, la crisis del Derecho es - la crisis del Derecho liberal. El orden y la seguridad fueron ensalzados por el positivismo ético, pero no constituyen valores absolutos inherentes al orden jurídico, y los fenómenos - que en el Derecho moderno pueden hacerles peligrar favorecen en ocasiones la realización de otros valores no menos apreciables. La idea de que la libre concurrencia promueve la justicia y el bienestar exige, en efecto, una legislación como "orden para la acción" (125), que se limite a garantizar la autonomía de los sujetos privados; pero la pretensión de modificar el resultado de la libre concurrencia -precisamente por - que se entiende que no es libre-, en cuyo juicio no entramos ahora, exige una legislación intervencionista, que también -- persigue unos valores. Así pues, no es lícito centrar la discusión en el tipo de legislación, sino que en la clase de valores que trata de satisfacer cada una de ellas. No hay decadencia del Derecho, sino de una determinada forma de concebir el Derecho al servicio de unos fines (126).

zza del ordinamento giuridico", Giappichelli, Torino, 1962; Belaid, "Essai sur le pouvoir createur et normatif de juge", LGDJ, París, 1974, p. 22 y s. y 310 y s. En castellano vid. Capella, "El Derecho como lenguaje", Ariel, Barcelona, 1968, p. 276 y s.; Díez Picazo, "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho", cit., p. 279 y s.

125) García-Pelayo, "Las transformaciones del Estado contemporáneo", cit., p. 115.

126) Sobre el tema de las funciones del Derecho vid. Bobbio, "Della struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del Diritto", Ed. di Comunità, Milano, 1977.

127) Vid., más extensamente, último epígrafe del Capítulo I.

128) Vid. Bobbio, "Il positivismo giuridico", cit., p. 276.

Algo semejante puede decirse de la igualdad (127); el prin cipio de generalidad implica que la ley debe contener el me - nor número posible de distinciones personales -sólo aquellas, diría Ripert, que estén en relación con su objeto-, es decir, que debe tratar de igual modo a todos los individuos pertene- cientes a la misma categoría (128). Ahora bien, como el suje- to del Derecho moderno es el hombre abstracto, resulta que -- esas diversas categorías resultan casi irrelevantes: todos -- son iguales para el legislador (no ante la ley, sino en la -- ley), aunque en la realidad social existan profundas desigual- dades. Por el contrario, la toma en consideración de circuns- tancias concretas y la discriminación de la ley allí donde el orden social discrimina, son actitudes que pueden ponerse tam- bien al servicio del valor igualdad, pero de un concepto de - igualdad diferente al liberal.

Por último, suponer que la libertad peligra por la exten- sión del Derecho público o cuando se multiplican las leyes y regulan su objeto con mayor precisión e imperatividad, equiva- le a suponer que no hay libertad donde hay leyes. Sin duda, - esta forma de entender la libertad como una especie de "ausen cia de Derecho" goza de larga tradición. Ya Hobbes dijo que - "la libertad de un súbdito yace por eso sólo en aquellas co - sas que al regular sus acciones el soberano ha omitido", es - decir, que "allí donde el soberano no ha prescrito regla, el súbdito tiene libertad de hacer o no hacer con arreglo a su - propio criterio" (129). Pero, como vimos anteriormente, esta no es la única forma posible de concebir la libertad; la am -

pliación de las funciones del Estado, "la invasión del Estado" como dice Savatier (130) y la consiguiente multiplicación de las normas sirven también a un cierto concepto del valor libertad.

Así pues, parece que el sentimiento de crisis en el Derecho no sólo responde a una reflexión estrictamente jurídica, sino también a una preocupación política. Como dice Delitala, también Ripert defiende su causa, que es tanto como decir su concepción del Estado y de la Justicia, esto es, - la concepción del Estado moderno salido de la revolución -- francesa que, ciertamente, hoy ya no constituye aquella ~~idea~~ fuerza, aquella realidad efectiva y operante que hizo de sus postulados un patrimonio común de la conciencia social de Occidente (131).

Pero el problema que suscita la conciencia de crisis entre muchos juristas no deriva sólo de confundir el cambio con la decadencia, revelando, dice Burdeau (132), su falta

129) Hobbes, "Leviatán", edición a cargo de C. Moya y A. Escohotado; Ed. Nacional, Madrid, 1979, Segunda Parte, - Cap. XXI, pp. 302 y 308. En "De Cive", Hobbes especifica su distinción entre Derecho y ley cuando afirma que "la libertad es aquella parte del Derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos", y añade, llamando la atención sobre un principio que habría de tener gran éxito en el pensamiento jurídico liberal, que "cuando las leyes son demasiado numerosas... es inevitable que los ciudadanos... caigan en las leyes como en trampas tendidas a la libertad inofensiva que, por la ley natural, los gobernantes están obligados a dejarles", "Del Ciudadano", trad. de A. Catrysse, introducción de Bobbio, Inst. de Estudios Pol., Caracas, 1966, C. XIII, p. 213-4.

130) Vid. "Du Droit civil au Droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité juridique", Pichon, París, 2ª ed., 1950.

131) Delitala, "La crisi del Diritto nella società contemporanea", en "La crisi del Diritto", cit., p. 77-78.

de aptitud para buscar los caminos de la evolución. Existe, a nuestro juicio, un error de planteamiento que deriva de una defectuosa valoración de la ley en el Derecho y en la filosofía jurídica moderna. Decir que hoy la ley atraviesa un periodo de crisis por no ajustarse a los fundamentos doctrinales que hicieron de esta fuente del Derecho una noción prestigiosa y un instrumento llamado a sustituir el Gobierno de las pasiones por el Gobierno de la razón, equivale a suponer que en algún momento de la historia la ley se mantuvo fiel a esos postulados (133).

Sin duda, el diagnóstico de los autores es certero: las leyes se multiplican, los reglamentos del Ejecutivo sustituyen en la práctica la voluntad del legislador, se dictan -- normas con excesiva frecuencia, su vigencia es relativamente escasa y los mandatos que contienen resultan mal conocidos por los ciudadanos, el poder invade las antiguas esferas de autonomía privada, etc. (134). Lo que sucede es que de esta constatación, aceptable en sus líneas generales, se quiere deducir la decadencia del Derecho, que es un Derecho ideal que sólo existió en la mente de los grandes juristas

132) Burdeau, "Le déclin de la loi", cit., p. 36.

133) En este juicio coincidimos con. D. Charvet cuando afirma que los dogmas de la generalidad, la objetividad y la coherencia de la ley "inmediatamente después de haber sido pronunciado ya resultaba caduco", siendo traicionados en la Revolución y, por supuesto, en el periodo posterior. Vid. "¿Crisis de la Justicia, crisis de la ley, crisis del Estado?" en la "Crisis del Estado" ed. a cargo de Poulantzas, cit., p. 309 y s.

134) Consideraciones interesantes sobre la pérdida de prestigio del Derecho legal pueden verse en Bachof, O., -- "Jueces y Constitución", trad. de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963.

liberales. Se reflexiona sobre la crisis del orden jurídico decimonónico, pero atribuyendo a éste unas cualidades ideales que nunca llegó a realizar, de manera que la efectiva -- transformación del Derecho liberal se confunde con la decadencia de unos postulados que se frustraron en el propio Estado liberal; cuando se analiza, y se lamenta, la crisis de la ley se toman en consideración fenómenos reales que se comparan con una situación ya pasada, pero que en parte es también una situación pensada. En definitiva, lo que queremos indicar es que la noción rousseauniana de ley, que constituye su fundamento doctrinal más vigoroso y mejor divulgado en el mundo liberal, sobre todo a través de la obra de Kant, no ha iniciado la crisis en el siglo XX como consecuencia de las transformaciones señaladas por Ripert y por los diversos autores que se han ocupado del tema, sino que fue desvirtuada desde los mismos albores del Estado moderno surgido de la Revolución francesa. En este aspecto, parece significativo que no se hubiese tomado conciencia de la crisis precisamente en el siglo XIX, cuando la limitación de las libertades por la ley y la exclusión de la ciudadanía por el voto censitario constituían el más categórico desmentido que podía proporcionar la experiencia jurídica al sistema de valores sobre el -- que se sustentaba la legitimidad del propio Derecho.

En el terreno de la práctica política, los fundamentos -- del Contrato Social se desvirtúan desde las primeras etapas de la Revolución. Como ha indicado Soboul, "Rousseau había -- descubierto la solución fuera de la realidad: el Contrato So

cial no tenía ningún punto de contacto con la situación del año II" (135). Es verdad que se recitaron sus capítulos en la Asamblea constituyente (136), pero creemos que en cierto modo tiene razón Jellinek (137) cuando juzga excesiva la influencia que se ha querido atribuir a Rousseau en la Declaración de derechos. La aceptación de un derecho originario anterior a la sociedad civil, expresado en los "naturales, inalienables y sagrados derechos del hombre", la separación de poderes y, en definitiva, la propia Declaración con vocación de texto constitucional, eran principios de organización política que podían hallarse en Montesquieu o en el espíritu y la letra de las Declaraciones americanas, pero que muy poco tenían en común con los postulados de la comunidad rousseau-niana. Del Contrato Social sólo se conservó la caracterización de la ley como expresión de la voluntad general y su idoneidad para incorporar al orden jurídico el catálogo de libertades públicas. Una voluntad general que no era delegable y que, he ahí la mutación, ahora sería encarnada por el Parlamento. Cuando Sieyès proclama que "la voz de la legislatura nacional no es otra que la voz del pueblo" (138) se es-

135) Soboul, "J.J. Rousseau y el Jacobinismo", *Études sur le Contrat social de J.J. Rousseau. Actes des Journées d'étude de organisées à Dijon pour le commémoration du 200 anniversaire du Contrat Social*, París, 1964. Trad. de V. y E. Fernandez Vargas en Soboul "Las clases sociales en la Revolución francesa", Ed. Fundamentos, Madrid, 1971, p. 151.

136) Vid. Del Vecchio, "Sobre la teoría del contrato social" en "Persona, Estado y Derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 195.

137) Vid. "La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" en la *Revue du Droit Public et de la science politique*, vol. XVIII, París, 1902, pp. 385-400. "Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte", Leipzig, 1904.

tá verificado un traspaso en el ejercicio de la soberanía, - del pueblo a sus representantes, y desde el momento en que - éstos forman uno de los poderes del Estado, indepediente de la voluntad general e irresponsable ante los electores, la - ley deja de ser el instrumento idóneo para declarar las li - bertades y derechos del individuo que constituyen los lími - tes de ese mismo Estado. En los años que preparan el Imperio napoleónico se recorre el camino que separa el Contrato So - cial del Estado representativo moderno. Todavía Robespierre hablará de la necesidad de "reparar los peligros de los pode - res delegados" (139) y Condorcet, en la defensa del Título - VIII de la Constitución girondina dirá que "jamás la volun - tad de los representantes del pueblo, ni la de una parte de los ciudadanos, puede sustraerse al imperio de la voluntad - general" (140). Sin embargo, terminará imponiéndose el crite - rio de Sieyès: la fiscalización sobre la ley escapa al impe -

138) Sesión del 7 de septiembre de 1789, Archives Palamentaires, t. VIII, p. 592, citado por Carré de Malberg, "La loi, expresión de la volonté générale", Sirey, Paris, - 1931, p. 17.

139) Sesión del 31 de agosto de 1791, Archives Parlementaires, I serie, vol. XXX, p. 112, citado por Battaglini, "Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi", Giuffrè, Milano, 1957, p. 50. Vid. sobre la fidelidad de los jacobinos al pensamiento de Rousseau en relación con el problema de los representantes-mandatarios, Soboul, "J.J.Rousseau y el jacobinismo", - cit., p. 153 y s.

140) El Título VIII llevaba la rúbrica "De la censure du peuple sur les actes de la représentation nationale et du droit de pétition", Arch. parl., I serie, vol. 58, p. - 619 y ss., reproducido en Battaglini, op. cit., p. 174. El discurso de Condorcet en p. 587 del vol. 58 citado y en la p. 51 del libro de Battaglini.

141) Sobre esto vid. Battaglini, op. cit., p. 47-67, en especial, p. 59 y s.

rio de la voluntad general y será atribuída a un órgano ju -
risdiccional tan independiente del pueblo como los propios -
representantes autores de la ley (141).

Abandonada la teoría iusnaturalista del contrato, en cu -
ya virtud el soberano está limitado externamente por aquella
parte de libertad no enajenada y cuya defensa constituye la
misma razón de ser del estado civil (142), la ley y el poder
quedaban libres de todo obstáculo. Rousseau (y Hobbes) tran-
quilizaba la conciencia del Estado liberal: esos límites ex-
ternos no son necesarios porque la voluntad general goza de
la presunción iuris et de iure de infalibilidad, la obra del -
soberano es necesariamente justa. Pero, al mismo tiempo que
se rendía culto a la ley de Rousseau, la práctica política -
traicionaba aquellos postulados que representaban los lími -
tes intrínsecos de la ley y, por lo tanto, la única razón --
que sostenía la presunción de que la justicia pertenece a la
esencia del poder. Nunca la voluntad del poder había estado
tan libre de la moral. El ciudadano queda reducido a la esfe -
ra privada y su libertad consiste en hacerse representar y -
en disfrutar de una autonomía civil que se separa de la vida
pública; la voluntad individual ya no se funde en la general,
ni ésta quiere por aquélla, sino que se enfrentan como si su
ámbito de actuación fuese inversamente proporcional.

142) Entre infinidad de autores, destaquemos en este sentido
la obra de Locke. Vid., por ejemplo, "Ensayo sobre el -
Gobierno civil", trad. de Amando Lázaro, Aguilar, Madrid
1969, cap. II, VII, VIII y, especialmente, cap. IX.

143) Sugiere Coletti que la ingratitud de Marx hacia Rousseau
es consecuencia de la lectura iusnaturalista que predo-
minaba en los ambientes culturales de Alemania, muy fie

Aunque sin reconocer la deuda con el filósofo ginebrino (143), en la crítica de Marx al Estado representativo resume la argumentación del Contrato Social. En el Estado representativo, "los delegados de la sociedad civil se constituyen en "asamblea" y sólo esta asamblea es la existencia política real y la voluntad de la sociedad civil". Se ha verificado la escisión del Estado político y de la sociedad civil, que se expresa precisamente en la separación de los delegados y de sus mandantes; el poder legislativo no es aquí una emanación, "una función de la sociedad, sino simplemente su formación". Y resulta entonces una doble contradicción porque los representantes de la sociedad civil "son una sociedad y no están en relación con sus mandantes en forma de instrucciones, de mandato. Son formalmente comisionados, pero desde que son reales, no son ya comisionados"; y, al mismo tiempo, en lo relativo a los intereses "son comisionados como representantes de los asuntos generales, pero en realidad representan asuntos particulares" (144). Aquella "antigüedad" de Rousseau a la que aludíamos anteriormente es recogida por Marx, si bien ahora con tintes de modernidad. No sin una cierta depuración del Contrato Social, en la que no debemos detener el análisis, los postulados de Rousseau ofrecerán los ele

les a la interpretación hegeliana. Vid. "Rousseau, crítico de la sociedad civil" en "Ideología y sociedad", trad. de Bozzo y Capella, Fontanella, Barcelona, 1975, p. 207 y ss; el juicio de Coletti en p. 270.

144) Vid. Marx, "Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel" trad. de A. Encinares, Prólogo de A. Sánchez Vázquez, - Srijalbo, Barcelona, 1974, pp. 148-153.

145) Kant, "Principes métaphisiques du Droit", trad. de J. - Tissot, París, 1853, XLVI y XLVII, pp. 176-180.

mentos de la crítica marxista al Estado representativo, un - Estado que todavía presenta sus leyes, es decir, su voluntad, como expresión de la voluntad general.

Si los postulados fundamentales de la concepción rousseauniana de la sociedad fueron olvidados por la práctica del - Estado liberal moderno, al mismo tiempo que los constituyentes revolucionarios recitaban capítulos del Contrato Social como argumento de autoridad, la comprensión e influencia de sus doctrinas en el plano de la reflexión filosófico-jurídica no tuvo mejor suerte. Conciliar democracia y libertad (y propiedad), sometiendo aquélla al servicio de ésta, será la tarea emprendida por Kant. Rechazar los límites externos al poder defendidos por el iusnaturalismo y hallar un fundamento intrínseco a la legislación que permite excluir con todo rigor el derecho de resistencia y, al mismo tiempo, derivar de ese fundamento las funciones y fines del Estado, que no - serán otros que garantizar el ámbito de la libre concurrencia.

El fundamento de la obediencia a la ley es el más vigoroso de cuantos puedan formularse. Como en Rousseau, mediante el contrato social se enajena sin reservas la libertad "salvaje y sin freno, para encontrar de nuevo toda su libertad - en la dependencia legal, es decir en el estado jurídico; por que esta dependencia es consecuencia de su voluntad legislativa propia". En consecuencia, "el poder legislativo no puede pertenecer más que a la voluntad colectiva del pueblo. Como de él procede todo Derecho, no puede mediante sus leyes -

cometer injusticias", pues resulta imposible que alguien sea injusto consigo mismo (*volenti non fit injuria*) (145). Sólo así puede explicarse, por otra parte, la radical oposición de Kant al derecho de resistencia (146). Pero, logrado este objetivo, desaparece toda similitud con el pensamiento de -- Rousseau. Para éste, la voluntad general exige una plasmación histórica y real; es la voluntad del pueblo expresada en la ley y no ha de responder a ninguna idea previa de los que de ba ser el Derecho, sino está en función de la vida humana y debe adecuarse a sus exigencias. Todo lo contrario acontece en Kant. El contenido del contrato ya no se limita a aquella única cláusula en cuya virtud cada individuo debe estar dispuesto a soportar de los demás lo que el mismo les exige, si no que se halla racionalmente determinado. Aquí culmina el - proceso de idealización de la teoría contractualista: "El Es tado por tanto es una necesidad de la razón" (147) y no un - instrumento para satisfacer fines subjetivos, como en Locke, o éticos, como en Rousseau. Ahora bien, si el contrato no es, ni puede ser (148), un hecho histórico, su contenido tampoco puede hallarse condicionado por las necesidades o intereses de los hombres, sino que ha de venir determinado a priori -- por las exigencias mismas de la razón (149).

146) "No hay por parte del pueblo ninguna resistencia legítima contra el supremo legislador del Estado, puesto que no hay Estado jurídico posible más que gracias a la sujeción de todos a la voluntad legislativa. No se puede, pues, admitir de ningún modo el derecho de sedición, y todavía menos el de rebelión", "Métaphysique des mœurs" trad. de Barni, París, 1853, XLVI. Sobre el derecho de resistencia y la idea kantiana de la inviolabilidad del poder, vid. Solari, "El liberalismo de Kant e la sue --

La razón, que nos informa acerca del contenido del contrato y, por lo tanto, acerca de los fines del Estado, se halla en su propio fundamento: la conservación de la libertad. En Rousseau, la libertad natural era el precio que había que pagar para conseguir la libertad civil, única verdaderamente moral. No así en Kant, que atribuye a la libertad natural, - esto es, a la libertad-autonomía, un valor teleológico, en el sentido de que la función primaria, y casi diríamos que exclusiva del Estado, es garantizar la libertad de los súbditos, mientras que la libertad política, la que Rousseau califica civil, opera sólo en la justificación nacional de la ley. Como acertadamente señala Bobbio (150), sobre la concepción rousseauniana de la libertad, Kant injerta la concepción li-

concezione dello Stato di Diritto" en "Studi storici di Filosofia del Diritto", Giappichelli, Torino, 1949. Vid. también, con referencias bibliográficas sobre el tema, Pasini "Diritto, Società e Stato in Kant", Giuffrè, Milán, 1957, p. 198 y ss.

147) Vid. Solari, op. cit., p. 236.

148) Que el consentimiento de los ciudadanos no juega más -- que como fundamento racional del Estado y en modo alguno como principio regulador de la organización política se pone de relieve en su juicio negativo de la democracia y en la distinción entre voluntad general y voluntad de todos. Vid. Kant, "La paz perpetua", trad. E. Espinosa, Aguilar, Madrid, 1966, p. 54-55. Vid. también Pasini, op. cit., p. 181 y s.; y González Vicen, "La Filosofía del Estado en Kant", Universidad de La Laguna, 1952, p. 67.

149) Vid. sobre la racionalización del contrato como una consecuencia de su idealización, Lúmia, "La dottrina kantiana del Diritto e dello Stato", Giuffrè, Milán, 1960, p. 88 y ss.

150) Bobbio, "Diritto e Stato nel pensiero de E. Kant", "Giappichelli, 2ª ed. Torino, 1969, p. 228. Vid. también Lúmia, op. cit. p. 92 y s.

151) Vid. Kant. op. cit., cap. XLIX, p. 183.

152) Vid. Solari, op. cit., p. 238 y s.

153) Conocida es la admiración de Kant por el gobierno de Fe

beral de la libertad individual, atribuyendo al Estado la competencia de actuar la autonomía de la voluntad y de garantizar a cada ciudadano un ámbito de libertad. La verdadera salud pública no se halla en el Estado que busca el bien o la felicidad de los ciudadanos (Estado paternalista), sino en - aquel que garantiza a cada uno la facultad de buscar su propia felicidad por las vías que considere mejores (151); es - decir, la función del Estado se agota en la protección de la libre concurrencia (152).

Perosi el consentimiento de los destinatarios de la ley es una exigencia de la razón y no tiene por qué traducirse - en participación real, el Derecho se aleja irremediabilmente de la sociedad, tanto en su génesis como en su función (153); en su génesis porque la participación se condiciona a la independencia, o sea, a la propiedad; y en su función porque - persigue sancionar con su fuerza la libertad natural o externa, es decir, la misma propiedad, pues, como señala Solari -- (154), "en la propiedad la libertad externa toma forma y valor jurídico". Esta separación entre sociedad y Estado se manifiesta de manera más sintomática en el pasaje dedicado al poder legislativo y no ya porque la democracia directa se -- sustituya por un sistema representativo, ni siquiera, como - parece sugerir Della Volpe (155), por la defensa del sufragio

derico II, en el que el monarca se impone la máxima de no hacer ninguna ley que no pueda ser querida por la totalidad de los súbditos, Vid. Lumia, op. cit., p. 100.

154) Solari, op. cit., p. 235.

155) Della Volpe, G., "Rousseau y Marx y otros ensayos de -- crítica materialista", trad. de E.E., ed. Martínez Roca, 2ª. Barcelona, 1972, p. 65.

censitario, sino porque, aun suponiendo que el cuerpo electoral coincida con el conjunto de los súbditos, la soberanía popular es en Kant una idea de la razón y no una auténtica condición histórica del Estaso *hic et nunc*, de forma, como dice Cerroni (156), "que no se trata de derivar la ley de la voluntad de todos los ciudadanos, sino de construir la ley - "como si" debiera derivar de la voluntad de todos". Aquí se halla, a nuestro entender, la justificación de lo que pudiéramos llamar la concepción heterónoma de la ley en Kant; la ley es heterónoma porque se antepone a la voluntad de sus destinatarios, porque "se revela" en lugar de ser la expresión de la voluntad real del pueblo, porque en definitiva, consagra la escisión entre cuerpo social y cuerpo político.

Pero si con estos planteamientos se ha producido un giro copernicano en la génesis y fundamentos de la ley como elemento integrador y de participación real en el ámbito de la decisión política, la ley conservará no obstante todos los rasgos vigorosos con que aparece dibujada en el Contrato Social. El poder se sitúa "no en los hombres sino en las leyes" y, por consiguiente, el sometimiento a una voluntad singular se transforma en la exigencia de observar un orden jurídico impersonal que, como indica González Vicens (157), "responde a la estructura racional y calculadora de la conciencia política burguesa, con su tendencia a organizar las relaciones humanas de un modo exactamente previsible, y su pretensión -

156) Cerroni, "la libertad de los modernos", cit., p. 187.

157) González Vicens, op. cit., p. 45.

158) Kant, "Principes Métaphisiques du Droit", cit., p. 185.

de eliminar del mundo social todos los elementos irracionales". La ley es santa, dice Kant.(158).

Así pues, creemos que la verdadera crisis de la ley no se inicia en el siglo XX como consecuencia de la ampliación de los fines del Estado. Es más, parece discutible si acaso el ideal rousseauniano de la "ley autónoma", es decir, del Derecho como expresión genuina del hombre real e histórico, que es a la vez ciudadano, no están hoy más cerca de lograrse a través de la evolución del Estado de Derecho que en el orden jurídico decimonónico, cuya desaparición es tan lamentada por los teóricos de "la *déclin du Droit*". La verdadera decadencia de la ley, si por tal entendemos la contradicción entre la justificación racional que fundamenta su obediencia y los fines que en la práctica sirve, debe buscarse en el propio pensamiento liberal y, por supuesto, en el Estado del siglo XIX. Sin duda, también en los desmentidos de la experiencia a los dogmas del Derecho liberal y, en particular, el dogma de la plenitud; en este aspecto, es evidente que la crisis jurídica refleja la decadencia política, pero también que es relativamente autónoma.

La Ley es la expresión de la voluntad general, pero la democracia representativa sustituye a la democracia directa, los diputados a los mandatarios y el voto de quórum, además de libres e iguales, son independientes a la participación universal. La ley carece de límites externos, puede regular cualquier problema y está al servicio de las exigencias y de los ideales del hombre, pero, de hecho (y en la teoría kantiana) la ley, precisamente porque es heterónoma, renuncia a

la búsqueda de un Estado ético, a la transformación de la sociedad, y se limita a garantizar la propiedad y la libre concurrencia, así como a reprimir las conductas que amenacen el orden resultante. La ley, en fin, constituye un instrumento de racionalización, limita el poder de los gobernantes y garantiza la libertad, pero la experiencia jurídica demuestra que la libertad puede verse amenazada por la ley, que ésta responde con frecuencia a exigencias o intereses concretos y no a los postulados de la razón, y que ni siquiera puede limitar al Ejecutivo porque "la ley moderna es la expresión de la voluntad de un partido victorioso" (159).

Estas consideraciones adquieren una relevancia especial desde la perspectiva de la libertad y de la igualdad, cuya expresión en el plano jurídico son los derechos fundamentales. Así, el proceso de constitucionalización de los derechos representa, todavía en el marco del Derecho liberal, la primera demostración del fracaso práctico del concepto rousseauniano de ley, pues mediante la Constitución, entendida como norma jerárquicamente superior que vincula a todos los poderes del Estado, se viene a confesar el temor a la posible arbitrariedad de la ley. En segundo lugar, como ya hemos indicado, debe rechazarse que los síntomas de la pretendida decadencia del Derecho, en particular la ampliación de las funciones del Estado, constituyan necesariamente una amenaza para la libertad. Pero ello nos exige una reflexión ulterior, pues si la multiplicación de las normas y la necesaria intervención del Ejecu

159) Ripert, op. cit., p. 25.

tivo parecen indispensables para garantizar la libertad en el Estado contemporáneo, será necesario también delimitar -- con precisión el ámbito e intensidad de las respectivas competencias, estableciendo procedimientos de fiscalización eficaces a fin de asegurar el sometimiento de todos los poderes públicos, y de sus normas, a la Constitución. Hoy los derechos fundamentales no pueden concebirse --y de hecho la Constitución no les concibe-- como la simple protección de un ámbito de autonomía en el que el Derecho, tras reconocerlo, se abstiene de intervenir; pero la aceptación de que la función promocional y de prestación resultan necesarias para la efectiva realización de numerosos valores, supone que el esquema de fuentes de los derechos fundamentales propio del concepto liberal es insuficiente y así, por ejemplo, no parece posible rechazar la intervención de la norma reglamentaria en relación con ciertos derechos.

Lo que sucede, en definitiva, es que los derechos fundamentales propios de un Estado social y democrático de Derecho obligan a todos los poderes del Estado, pero los obligan, y éste es el problema, de una manera positiva, es decir, dictando normas jurídicas con un contenido determinado. Ello --complica extraordinariamente el problema de las fuentes y de las garantías, porque ya no se trata sólo de fiscalizar las normas existentes, sino de comprobar si en efectos existen -- todas aquellas que requiere la Constitución. En otras palabras, los órganos del Estado que detentan una potestad normativa subordinada, singularmente la Administración, pero también las Cortes, no sólo pueden vulnerar los derechos funda-

mentales por acción, es decir, dictando reglas jurídicas que interfieran el ámbito de libertad, sino también por omisión, esto es, absteniéndose de regular determinadas materias cuya reglamentación es condición básica para el ejercicio de ciertos derechos.

En este aspecto, la función promocional y de prestación, exigida por todos aquellos derechos que se resuelven en una obligación de contenido positivo, parece ofrecer ciertas innovaciones en la teoría de las fuentes del Derecho. Dice Bobbio que la acción promocional del Estado incide sobre el modo de entender el Derecho desde el punto de vista funcional, pero no estructural (160), es decir, que carece de relevancia en un análisis de teoría general, ya tenga por objeto la descripción de las normas como juicio hipotético, ya se refiera al ordenamiento como sistema jerárquico (161), es decir a la teoría de las fuentes.

Ciertamente, creemos que es lícito el estudio del Derecho como estructura formal, sin atender a los fines que persigue, pues cualesquiera que sean éstos la norma jurídica -- responderá a la fórmula del juicio hipotético (162) y busca-

160) Bobbio, "Verso una teoria funzionalistica del Diritto" en "Dalla struttura alla funzione, Nuevi studi di Teoria del Diritto", citado, p. 85 y ss.

161) Estática y Dinámica del Derecho, en la terminología de Kelsen. Vid. *Théorie pure du Droit*, cit., p. 96.

162) Sobre la norma como juicio hipotético o como imperativo en relación con la distinción entre norma jurídica y regla de Derecho, Kelsen, "El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho", en "Stanford Law Review", julio 1965, vol. 17, p. 1128, trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué en *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 58.

rá su validez en una norma superior. Es más, parece que para Kelsen circunscribirse a la pura descripción de la estructura jurídica constituye un requisito esencial de la verdadera ciencia del Derecho. La Teoría pura, dice Kelsen en la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (163), "quiere ser una -- ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del Derecho y analizar su estructura", sin preocuparse, en consecuencia, de los fines que trata de satisfacer en cada momento histórico; bien es verdad que lo que rechaza la Teoría pura es la consideración de los fines ideológicos o políticos, pero no propiamente el análisis funcional del orden jurídico, pues en realidad la definición del Derecho como orden coactivo supone ya una cierta perspectiva funcionalista (164). Naturalmente, no es este el momento de preguntarse hasta qué punto los fines "específicos" que cabe atribuir al Derecho, como el orden o la paz, se hallan vinculados a fines ideológicos, pero sí creemos necesario destacar que el análisis funcional no es por completo irrelevante para el Derecho entendido como estructura, como parece sugerir Bobbio. Kelsen, que insiste más en la obligación que en el derecho, y de ahí el calificativo de "derechos reflejos", concibe las libertades en un sentido negativo, como un ámbito de autonomía que viene garanti

163) Teoría pura del Derecho, trad. de M. Nilve de la edición francesa de 1963, EUDEBA, 13ª edición, 1975, p. 63.

164) Vid. Bobbio, "Hans Kelsen" en la "Rivista internazionale di filosofia del Diritto", L. 1973, pp. 426-49, publicado con el título de "Struttura e funzione nella teoria -- del diritto di Kelsen" en "Dalla struttura alla funzione. ...", cit., p. 187-217. Vid. también el mismo volumen, p. 63 y ss.

zado por la previsión de una sanción para aquellas conductas que lo interfieran (derechos reflejos propiamente dichos) o bien, sencillamente, como ausencia de normas, es decir, como ausencia de sanción para la conducta contraria (165). En todo caso, los derechos fundamentales se construyen en torno a una idea negativa de orden coactivo; idea negativa porque no se plantea el supuesto de que la Constitución ordene al legislador dictar una norma jurídica en un determinado sentido, sino que "se presentan sin duda como prohibiciones de atentar..... contra la igualdad o la libertad garantizada"(166); y orden coactivo porque el Derecho se resuelve, especialmente frente a los particulares, en una obligación cuya inobservancia comporta una sanción.

En este aspecto, creemos que los fines del Estado y el concepto de libertad no sólo inciden en el análisis funcional del Derecho, sino que también tiene transcendencia en la organización del sistema de fuentes. La llamada libertad negativa (167) ha de influir necesariamente en las fuentes del Derecho porque, en la tradición del pensamiento liberal, la libertad se concibe o bien como la ausencia de leyes o bien como la garantía legal de una esfera de autópomo desarrollo individual, pero nunca como resultado de la acción del legislador. Poco importa ahora que esa libertad sea natural y an-

165) Lo que Kelsen denomina el minimun de libertad. Vir. Théorie pure, cit., p. 57 y s.

166) Kelsen, Théorie pure, cit., p. 189, Vid. también p. 400

167) Vid. sobre esto el excelente estudio de Passerin D'En-treves, "La noción del Estado", trad. de A. Fernández - Galiano, CEU, Euramerica, Madrid, 1970, pp. 221 y ss.

168) Vid. Leviatán, cit., Segunda parte, cap. XXI, pp. 302 y 308; cap. XXVI, p. 368. Kelsen, Théorie pure, cit., p. 57 y s.

terior a la sociedad civil, como en Locke, o que únicamente se conciba en el seno del Estado, como en Hobbes, pues en - todo caso se habla de la misma libertad, que se realiza "na-
turalmente" en el marco de las relaciones sociales y que la ley se limita a garantizar. Esta idea de la libertad paradó-
jicamente puede hallarse formulada de manera análoga en Ho-
bbes y en Kelsen. En primer lugar, para ambos existe una li
bertad derivada de la ausencia de leyes (168); y, en segun-
do lugar, existe otra libertad que, sin ser sustancialmente
distintas de la anterior, pues también se configura como ne
gativa, se caracteriza por una mejor protección, por la pro
tección que otorga la fuerza de las leyes. Es verdad que en
Hobbes todas las leyes son justas por definición, pero ello
no obsta para que distinga entre las buenas y las malas le-
yes (169). "Una buena ley, dice Hobbes, es aquella que es -
necesaria para el bien del pueblo" (170) y las compara a los
muros que se construyen, no para detener a los que viajan, -
sino para mantenerlos en el camino. Así se expresa, a nues-
tro juicio, la función meramente garantizadora (171): la li
bertad es protegida, pero no parece corresponder a las bue-
nas leyes la remoción de los obstáculos que se hallen en el
camino, es decir, que se opongan al ejercicio de la liber -

169) Vid. sobre esto Passerin, Entreves, op.cit., p.123 y s. y 233 y s.

170) Leviatan, cap. XXX, p. 418,

171) En el cap. XXXVI del Leviatan, cit., p.364, Hobbes distin-
gue entre las leyes distributivas y las penales. Las -
primeras "determinan los derechos de los súbditos decla-
rando a todo hombre en virtud de qué adquiere y mantie-
ne una propiedad en tierras o en bienes, y un derecho
o libertad de acción..." "Son penales las que declaran

tad por todos los ciudadanos en la sociedad civil. Más que de libertad negativa cabe hablar de leyes negativas o, con terminología moderna, de leyes no intervencionistas. La libertad - se erige así en un límite que deben respetar las buenas leyes; como hemos visto, este es el sentido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la teoría pura del Derecho: determinar el contenido de las leyes de manera negativa (172)

Desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, la teoría kelseniana del Derecho como orden coactivo se funda principalmente en aquella clase de normas que establecen un nexo de imputación entre un ilícito y la sanción correspondiente - (173). Ante todo, las leyes que Hobbes denominaba distributivas señalan la esfera de la libertad y, seguidamente, la ley penal castiga la conducta contraria. La protección de los derechos fundamentales así entendidos se agota en normas jurídicas generales y, por lo común, no precisará ninguna actividad ulterior por parte de los poderes públicos que no sea la puntual aplicación de esas normas. La ley o, en su caso, la Constitución resultan suficientes para garantizar la libertad-autonomía. En realidad, el respeto de la libertad negativa o, al menos, la fiscalización de las normas jurídicas, no parece --

qué castigo recaerá sobre quienes violan la ley".

172) En realidad, Kelsen no concibe los derechos fundamentales como verdaderas obligaciones jurídicas del Estado, si no más bien como la facultad de concurrir a la creación de una norma anuladora de la ley que no respete esos derechos, vid. "Théorie pure", cit., p. 192.

173) Vid. Bobbio, "Verso una teoria funzionalistica del Diritto" en "Dalla struttura alla funzione....", cit., p. 70.

ofrecer especial dificultad, pues en líneas generales basta con que el poder Ejecutivo regule esta materia para que su conducta deba considerarse inconstitucional (174); y en cuanto al legislador, si los derechos fundamentales se hallan enunciados en la Constitución, ciertamente no existe un poder jurídico capaz de obligarle a desarrollar un determinado derecho, pero si lo hace deberá respetar los principios recogidos en la norma fundamental. Lo que sucede es que, tratándose de la libertad negativa, los derechos fundamentales apenas necesitan un desarrollo legal y la invasión por la ley del ámbito de libertad reconocida lleva aparejada la sanción de inconstitucionalidad.

Pero desde el momento en que determinados derechos comportan la atribución al Estado de una obligación positiva, el esquema indicado resulta insuficiente. En primer lugar, porque para la satisfacción de estas obligaciones ya no basta con reconocer al titular del derecho legitimidad activa para impugnar, con carácter general o particular, una norma jurídica que resulte contraria, sino que, para ser calificado como verdadero derecho, sería necesario que su titular gozase de un poder jurídico para exigir la puesta en vigor de una determinada norma. Este es un problema que afecta preferentemente a las garantías, pero que conviene destacar en sede de fuentes, pues pone de relieve que hoy los dere

174) Es la llamada reserva de ley: lo que se enjuicia no es la legitimidad material del contenido de la norma, sino simplemente su objeto. Cuando éste forme parte de la reserva, la norma reglamentaria deberá ser considerada ilegítima.

chos fundamentales no constituyen sólo límites a la legislación, sino también directrices y mandatos positivos. En se --
gundo lugar, porque la estructura propia de las normas de --
coordinación (175) resulta cuando menos insuficiente. Los --
llamados derechos de crédito (176) requieren de manera prin-
cipal normas de cooperación, de organización en sentido es --
tricto e incluso normas concretas, lo que sin duda complica
el sistema de fuentes, no sólo porque se hace más difícil la
fiscalización, sino también porque resulta obligado atribuir
al poder Ejecutivo una cierta potestad normativa en materias
que afectan de manera directa al ejercicio de los derechos --
fundamentales, aunque sea una potestad subordinada. Esta atri
bución viene exigida, ante todo, por un riguroso respeto al
principio constitucional de que todos los poderes públicos --
están sometidos al imperio de los derechos y libertades; ese
sometimiento supone la abstención del Ejecutivo en relación
con las libertades autonomía, pero esa conducta no puede acep
tarse cuando se trata de los derechos que comportan una obli-
gación de contenido positivo. En este último caso, la reali-
zación del derecho exige una actuación positiva y, si bien --
es cierto que por regla general será una simple ejecución de
lo mandado en la ley, no es menos cierto que la Administra -

175) Creemos que es más útil y esclarecedora la dicotomía --
normas de coordinación-normas de cooperación que la tra-
dicional de normas de conducta-normas de organización,
entre otras razones porque también las normas de organi-
zación prescriben conductas. Vid. Bobbio, "Dell'uso de
lle grandi dicotomie nella teoria del Diritto" en la RI
vista internazionale di Filosofia del Diritto", XLVII,
1970, pp. 187-204 y en "Dalla struttura alla funzione.."
cittr., p. 122 y ss.

176) Vid. sobre esta terminología infra cap. III.

ción gozará de una potestad normativa, cuyo ejercicio no es - discrecional sino obligado, y cuya fiscalización no será siempre sencilla, habida cuenta que tendrá por objeto no sólo constatar las extralimitaciones, sino también la regulación omisiva que no dé satisfacción a los principios enunciados en la - ley. Por otro lado, la intervención del Ejecutivo no puede abudirse cuando el ejercicio de los derechos exige la prestación de un servicio público cuya organización corresponde en cierta medida a las normas reglamentarias.

En definitiva, la ampliación del catálogo de las libertades fundamentales, que ha dado entrada a ciertos derechos cuyo modo de ejercicio es sustancialmente distinto al que es -- propio de las libertades autonomía, introduce un factor de mayor complejidad en el sistema de fuentes, lo que exige perfeccionar los instrumentos jurídicos de garantía. No debe ocul-tarse, sin embargo, que carecemos de los procedimientos técnicos adecuados para asegurar la plena realización de algunos - derechos que, en forma de principios, aparecen enunciados en el Capítulo III del Título II de la Constitución. Cuando es - la Administración quien viene obligada a dictar normas, ya -- sean generales o particulares, abstractas o concretas, aún es factible arbitrar sistemas de fiscalización sobre su conducta, cuya eficacia será mayor o menor según el grado de concreción de la cobertura legal y el rigor del órgano jurisdiccional. - Pero cuando corresponde al legislador el desarrollo de un derecho enunciado en la Constitución, es preciso reconocer que no existe otra responsabilidad que no sea la puramente política; y lo mismo sucede con el Ejecutivo en tanto en cuanto no haya dictado una norma o acto susceptible de impugnación.

IV. LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La constitucionalización rigursa de los derechos funda -
mentales, sustrayendo al dominio del legislador ordinario to
da competencia en la materia no es, desde luego, un sistema -
habitual (177), pero, en cambio, sí es corriente que se enun
cie en la Constitución un catálogo de derechos y libertades.
Este es el llamado sistema mixto (178), en el que los dere -
chos aparecen declarados con mayor o menor precisión en el -
texto constitucional, atribuyéndose a la ley ordinaria la re
gulación de su régimen jurídico. Sin duda, esta tendencia a
constitucionalizar los derechos fundamentales, al menos su -
declaración, es un síntoma de la victoria de la libertad so -
bre la democracia o, si se quiere, de la libertad negativa -
sobre la positiva; es un síntoma, en fin, del fracaso del --
concepto rousseauiano de ley. Si la ley como experiencia ju -
rídica hubiese conservado los rasgos vigorosos con que apare -
ce en el Contrato Social carecería de sentido garantizar la
libertad a través de una norma sobre la que el legislador, de
positario de la voluntad general, no puede disponer; de igual
forma que carecería de sentido la misma Constitución, pues -
la voluntad general no se halla vinculada ni siquiera por el
contrato social. La ley no debería albergar ningún temor si
si la ley fuese santa, como quería Kant.

Bien es verdad que la constitucionalización de los dere -
chos fundamentales es el precio que ha de pagarse por elaben

177) Vid. Peces-Barba, "Derechos fundamentales", cit. p. 136ys.
178) Vid. Peces-Barba, op. cit., p. 138.

dono de los postulados de la democracia directa, pues supone el reconocimiento de que las Asambleas legislativas no son - el pueblo soberano, razón por la cual la libertad no debe -- quedar a disposición de la ley, sino del poder constituyente, que en el pensamiento liberal se configura sin duda como anterior al Estado (179).

En cierto modo, la constitucionalización de los derechos fundamentales traduce al lenguaje positivista la vieja idea de los derechos naturales y de las leyes fundamentales que - se imponen al legislador civil; en este aspecto, es fácil -- evocar las analogías entre el constitucionalismo y las doc - trinas contractualistas de origen iusnaturalista y en parti - cular debe recordarse el Segundo Tratado de Locke. La Consti - tución vendría a ser el pacto social instituido para garanti - zar mejor la vida, la libertad y el patrimonio, los tres de - rechos naturales que Locke resumía en uno solo: el derecho - de propiedad. Y los derechos fundamentales serían, desde es - ta perspectiva, el fundamento del pacto, es decir, la razón de ser de la Constitución, y, al mismo tiempo, el límite del poder político instituido en la sociedad civil (180). Es cier

179) En realidad, la idea de que el poder constituyente es - distinto y superior a los poderes instituidos se encuen - tra ya, aunque con una terminología propia, en la escue - la de Derecho Natural. Vid., por ejemplo, Vattel, "El - Derecho de Gentes o principios de la Ley Natural", trad. de M. Pascual Hernández, Madrid, 1820, vol. II, Libro II, Cap. III. Por otro lado, es probable que no fuese sólo una - idea académica, sino muy generalizada, pues, como escri - be Jellinek, los emigrantes ingleses vivían "en una si - tuación que les había de sugerir la idea de un estado - de naturaleza preestatista, y cuando se reúnen para deli - berar acerca de cuestiones comunes, creen ellos que sa - len de aquel estado de naturaleza por un acto libre de

to que la constitucionalización de los derechos expresa también el fracaso de la teoría del Derecho natural, que tras -confesar su incapacidad para imponerse a la voluntad del legislador, ha debido invocar la ayuda del propio Derecho positivo; pero, salvando esta transformación de indudables consecuencias, es preciso reconocer que situar los antiguos derechos naturales por encima del poder legislativo, que, no lo olvidemos, encarna la voluntad general del momento histórico presente, supone una cierta confirmación de la teoría del -- contrato y de la *lex fundamentalis*.

Probablemente, la constitucionalización de los derechos fundamentales responda también a una cierta influencia de la literatura sobre la crisis de la ley o, al menos, es lícito creerlo así cuando dicha constitucionalización adopta unos -modos tan rigurosos como en la nueva ley fundamental española, en la que el catálogo de derechos y libertades resulta -prácticamente inmodificable. Tal vez se ha tomado conciencia de que la ley, como dice Ripert, expresa la voluntad de un -partido victorioso y puede constituir una amenaza para la *libertad*; de la que el legislador contemporáneo resulta más --propenso al cambio que sus predecesores y que, en consecuencia, está dispuesto a sacrificar la seguridad y la certeza -

su voluntad para entrar en un régimen de Estado", "Teoría General del Estado", trad. de la 2ª edición alemana y prólogo por F. de los Ríos, Ed. Albatros, Buenos Aires 1978, p. 390.

180) Sobre el origen contractualista del constitucionalismo y sus relaciones con la escuela de Derecho Natural, vid. Jellinek, Teoría General del Estado, p. 381 y ss. Vid. también Burdeau "Traité de Science politique", LGDJ, París, vol. IV, p. 45 y s.

que proporciona la larga vida de las leyes a cambio de la realización de su concepto de justicia o de oportunidad política, etc. Sin duda, a la hora de configurar de modo riguroso este sistema de constitucionalidad de los derechos fundamentales se habrá tenido en cuenta también la teoría de la construcción gradual del ordenamiento jurídico, que aparece claramente reflejada en nuestra ley fundamental.

Finalmente, es lógico suponer que en la actitud que ha adoptado el legislador constituyente a la hora de organizar el sistema de fuentes de los derechos fundamentales ha pesado más la concreta situación política de la España de 1978 - que las viejas teorías del contrato social o las reflexiones de la doctrina sobre la crisis de la ley. Ante todo, nuestra Constitución no es el resultado de un proceso histórico a lo largo del cual hayan ido sedimentando una serie de principios de organización política, de manera que la norma fundamental se limite a consagrarlos, sino que, por el contrario, tiene un carácter innovador y, más aún, contradictorio con el régimen político precedente. Esta circunstancia ha propiciado tal vez la necesidad de una base jurídica firme e incontestable sobre la que construir un orden jurídico sustancialmente nuevo (181). Por otro lado, la interpretación amplia y flexible permitida por muchos preceptos constitucionales, que pueden amparar políticas gubernamentales de muy di-

181) En este sentido, parece una regla cierta que la rigidez constitucional está en relación directa con el carácter escrito, racionalista y revolucionario del texto. Así, un sistema flexible, como el británico, es al mismo tiempo consuetudinario y no obra de una Asamblea constituyente.

verso signo, parece requerir que, al menos, determinados -- principios fundamentales queden a salvo del legislador de turno.

En cualquier caso, y al margen de estas consideraciones sobre los posibles motivos que han podido impulsar al legislador, lo cierto es que la constitucionalización de los derechos fundamentales viene exigida por su propia naturaleza de obligaciones estatales. Probablemente, deba calificarse de iusnaturalista la afirmación de que la categoría de los derechos fundamentales ofrece un contenido mínimo siempre a salvo de las contingencias históricas, pues ni siquiera parece fácil determinar ese contenido mínimo respecto de valores indiscutibles como la libertad y la igualdad, cuya traducción jurídica ha sufrido a lo largo de los siglos alteraciones tan profundas que en ocasiones parece servir postulados ideológicos o políticos contradictorios. Sin abandonar esta perspectiva relativista, creemos, sin embargo, que la consideración de los derechos fundamentales como límites al poder representa una constante histórica, al menos desde los albores del mundo moderno (182). Ya se proponga una justificación de sentido religioso, como en el humanismo cristiano de Erasmo o Moro (183), ya se invoque una razón -

182) Vid. Peces-Barba, "La Filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII" en "Libertad, Poder, Socialismo", citada, p. 21-76.

183) Vid. Peces-Barba, op. cit. en nota anterior, pp. 24-32 y Mesnard, "L'Essor de la Philosophie politique au XVI siècle", 2ª ed. J. Vrin, París, 1952, p. 86-180.

184) En realidad, tal vez fuese más correcto decir del poder y no del poder político, pues frente a la intolerancia religiosa se pedirá en ocasiones una intervención del

más secularizada y vinculada a la idea de contrato, lo cierto es que los derechos fundamentales no sólo han pretendido sustraerse al imperio del poder político (184), sino que además han querido limitarlo.

En cierto modo, sustraerse al poder equivale a limitarlo, pero creemos, no obstante, que la distinción es útil, pues -- con frecuencia el contenido de las leyes naturales e inmutables, que lógicamente no podía depender del arbitrio del poder, se ha querido encontrar no en unos derechos públicos o frente al Estado, sino en el orden jurídico privado. Así Domat (185), cuya influencia en el pensamiento jurídico francés del siglo XVIII es bien conocida, recogerá aquella clasificación que divide a las leyes en inmutables y arbitrarias, pero dándola un sentimiento nuevo, ya que concluye identificando -- las leyes inmutables con el Derecho privado y las arbitrarias con el público. Por ello, creemos que no puede aceptarse sin cautelas la identificación entre derechos fundamentales y derechos naturales, leyes intangibles u otros conceptos análogos; ciertamente, los derechos naturales constituyen el cauce de expresión de una serie de valores que se hallan en el origen de la filosofía y de la experiencia histórica de los derechos fundamentales, como no podía ser de otra manera en los --

poder secular. Vid. en este aspecto las reflexiones de -- Grocio acerca del "ius circa sacra". Sobre este tema, Solari, "Il ius circa sacra" nell'età e nella dottrina di U. Grocio" en "Studi Storici...", p. 25-71. Lo que sucede es que en el proceso de formación del Estado moderno se aprecia una centralización del poder, que se seculariza al mismo tiempo que desaparecen los centros de poder propios de la Edad Media, por lo que cada vez con más -- fuerza la limitación del poder se confundirá con la limitación del poder del Estado.

siglos XVI-XVIII, pero de aquí no puede derivarse que toda relación sustraída al imperio del soberano represente una verdadera limitación a su poder, ni mucho menos que sea un precedente de los derechos fundamentales; entre otros motivos porque en líneas generales el Derecho privado, que es el Derecho intangible según Domat, regula los asuntos "domésticos" y, desde el instante en que una norma afecta "al buen orden del gobierno" debe calificarse como de Derecho público y pertenecer, en consecuencia, a la categoría de las "lois arbitraires". Bien es verdad que esta afirmación debe matizarse ya que los derechos principales que ab initio se querían garantizar eran precisamente los derechos civiles, es decir, los derechos de los privados y entre ellos el más eminente, la propiedad.

Así pues, los derechos naturales o las leyes intangibles pueden concebirse sin necesidad de poner en cuestión la legitimidad del Estado absoluto, que no es lógicamente un Estado arbitrario ni carente de orden jurídico. Sin embargo, no sucede lo mismo con los derechos fundamentales que, aunque vinculados también a la idea de un Derecho superior al soberano, constituye una limitación a su poder, al menos desde el momento en que, vencido definitivamente el particularismo medieval, el poder aparece centralizado y casi diríamos que fortalecido en las manos del monarca; y cuando hablamos de límites al poder no nos referimos sólo al Gobierno, aunque por una cierta confusión histórica los temo-

185) Vid. Tarello, op. cit., p. 157 y s., con una extensa nota bibliográfica.

res y recelos que en la monarquía absoluta sustituía la figura del rey fuesen luego heredados con cargo al Ejecutivo. Nos referimos también al poder legislativo y al judicial. Los derechos fundamentales constituyen, en consecuencia, verdaderos límites al poder del Estado o, si se prefiere, generan una obligación que ha de ser satisfecha por todos y cada uno de los órganos del Estado.

Este planteamiento suscita un cierto problema de fondo, ya que, sin invocar la doctrina del Derecho natural, ¿cómo es posible obligar al Estado?. En otras palabras, si los derechos fundamentales comportan una obligación para el Estado, es evidente que el Estado, en cuanto que organización política, no puede constituir la fuente de su propia obligación, ya que en tal supuesto el cumplimiento de la misma dependería de su libre arbitrio (186). ¿Dónde buscar entonces la fuente creadora del derecho y de la obligación?.

El problema creemos que deriva de la falta de acuerdo -- acerca del concepto de Estado o, quizás mejor, del desacuerdo acerca de cual es el elemento esencial que lo define. Las propuestas doctrinales son lógicamente abundantísimas (187),

186) Evidentemente, el Estado y su Derecho se hallan limitados por fuerzas sociales externas que conducen de hecho a una autolimitación, en el sentido de que el uso de su fuerza no quedará nunca al libre capricho de quien os tenta el poder soberano. Pero entonces no hablamos de una limitación jurídica al poder, sino de un mero condicionamiento social, que puede tener unos efectos semejantes, pero que desvía el objeto de la investigación de las instituciones jurídico-políticas a la estructura social y cultural de una nación.

187) Vid. Pérez Serrano, "Tratado de Derecho Político", Civitas, Madrid, 1976, p. 85 y s.; Jellinek, "Teoría General del Estado", cit., p. 101 y s.

pero a los fines que ahora nos interesan, pueden distinguirse dos tendencias principales, a saber: la que pudieramos llamar sociológica, según la cual el Estado debería definirse como una comunidad humana dotada de autonomía en relación con las demás, que ocupa un territorio y goza de una cierta organización (188); y la que calificaríamos de política, que define el Estado como poder y, más concretamente, como la forma que adopta el poder cuando está jurídicamente organizado (189). Tal vez sería necesario añadir una tercera doctrina, que llamaremos jurídica, y que es aquella que confunde Estado y Derecho (190), aunque en la cuestión que ahora nos ocupa, pensamos que la teoría pura conduce a unos resultados análogos a los obtenidos a partir de los planteamientos sociológicos.

Sin detenernos en la ponderación de los motivos y argumentos que avalan los distintos puntos de vista, resulta necesario afirmar que cuando entendemos los derechos fundamentales como límites al poder del Estado, éste es concebido precisamente como poder organizado. El Estado no es la nación, ni el pueblo, ni el Derecho; ni siquiera, como señalan algunos autores, la nación jurídicamente organizada (191), sino en todo caso la organización jurídica de la na-

188) Así, J. Dabin, "L'Etat ou la Politique", Dalloz, París, 1957, p. 8.

189) Vid. Burdeau, op. cit. 1949, vol. II, p. 229.

190) Así, Kelsen, "Teoría General del Estado", p. 21, 68 y ss. y 119 y ss; "Théorie pure du Droit", p. 370 y ss.

191) Así, Carré de Malberg dice que "L'Etat est l'être de droit en qui se résume abstraitement la collectivité nationale", "Contribution à la Théorie générale de l'Etat", vol I, p. 9. Jellinek, por su parte, define -

ción. No debe suponerse tampoco que todo poder constituye un Estado, pues entonces la simple dominación de unos sobre --- otros (192), incluso si se trata de un ejército invasor(193), nos permitiría hablar de Estado, sino que ha de ser, a nuestro juicio, un poder instituído, es decir, organizado, que - es lo contrario a un poder de hecho. Como escribe Burdeau, - el Estado es "el poder institucionalizado y la institución - en que se encarna dicho poder" (194).

En consecuencia, para que los derechos fundamentales representen una obligación para el Estado, es necesario que su fuente creadora se sitúe por encima de todo poder instituído, esto es, en el poder constituyente. Desde esta perspectiva, la naturaleza de los derechos fundamentales y, más concretamente, del instrumento jurídico de positivización, dependerá del propio carácter del poder constituyente. Con ello, la -- doctrina del Derecho natural verá frustadas sus esperanzas - de someter el poder al imperio de los derechos del hombre, - pero al mismo tiempo se abre una nueva posibilidad, creemos que más realista, en el estudio de los derechos fundamenta -

el Estado como "la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio", "Teoría General del Estado", p. 133.

192) Esta parece la posición de Duguit cuando afirma que en toda sociedad humana en la que un grupo de hombres tiene poder para imponerse sobre otros "se debe decir que hay un poder político, un Estado", "Traité de Droit constitutionnel" de Bocard, 1921, t. I, p. 395, cit., por Braud, p. 49.

193) La apreciación es de Jellinek, Teoría General del Estado, p. 105, nota 2.

194) Burdeau, "Traité de Science Politique", cit., vol. II, p. 229.

les, ya que al confesar la insuficiencia de la mera reflexión jurídica, tenga por objeto el Derecho natural o el positivo, el problema se traslada al análisis del poder (195); no del poder organizado que representa el Estado, sino del poder de hecho, metajurídico, que constituye el fundamento de la eficacia del ordenamiento jurídico, es decir, de su validez (196). Así pues, si el capítulo de las fuentes del Derecho ofrece -- siempre una indudable dimensión política, según vimos al co -- mienzo de este capítulo, la idea de los derechos fundamenta -- les como límites al poder del Estado, o, mejor dicho, como -- obligaciones del Estado, sitúa el problema de las fuentes de estos derechos en un plano enteramente político y no jurídico, en el poder constituyente, que es el núcleo esencial de donde ha de partir todo análisis de legitimidad formal.

Naturalmente, este punto de vista sólo puede sostenerse -- en la medida en que entendemos el poder constituyente fuera -- del Estado, como una realidad de hecho, y no como un simple -- órgano del Estado, lo que, por otra parte, no es unánimemente admitido. La escuela positivista, sobre todo en su versión -- kelseniana, partía del prejuicio de que ningún fenómeno con -- trascendencia jurídica podía escapar al sistema cerrado del -- orden jurídico, y así "la doctrina del pouvoir constituan no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la mo -- dificación de las normas que fundamentan ciertos casos del De -- recho positivo" (196); por lo tanto, entre poder constituyen-

195) Vid. Peces-Barba, "Reflexiones sobre Derecho y Poder" en el Homenaje al profesor Prieto Castro y en "Libertad, Po -- der, Socialismo, citado, p. 219 y s.

te y constituido existe una simple diferencia de grado: el primero suele exigir para su funcionamiento unos requisitos formales más severos que el segundo, "pero es puro Derecho natural, insiste Kelsen, justificar esta última medida (el referendum) diciendo que sólo al pueblo compete la reforma constitucional (198). Y por si ello fuese poco, se termina concibiendo al pueblo como un órgano del Estado (199), de manera que el autor se transforma en una creación de su propia obra. Efectivamente, aceptando esta teoría de la escuela del Derecho público alemán que sin duda es útil cuando se circunscribe a su ámbito propio que es el Estado instituido, el pueblo puede devenir órgano del Estado en la medida en que la Constitución o las leyes prevean su concurso en la formación de la voluntad del Estado, pero entendemos que, en su función constituyente, el pueblo no puede nunca formar parte de los órganos estatales, por la razón de que éstos no son concebibles sin una voluntad previa, inicial e ilimitada en lo jurídico, que les dé vida. (200).

196) Una norma puede ser válida y no ser eficaz, pero cuando un ordenamiento no es eficaz tampoco es válido, o sea, no existe ni en el mundo social ni en el jurídico. "Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, añade Kelsen, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden", Teoría pura, trad. de M. Nilve de la edición francesa de 1953, EUDEBA, 13 edición, Buenos Aires, 1975, p. 142. - Vid. también Hart, "El concepto de Derecho", trad. de G. R. Carrio, 2ª edición castellana, Editora Nacional, México, 1980, p. 125 y s.; Lumia, "Principios de teoría e ideología del Derecho", trad. de A. Ruiz Miguel Ed. Debate, Madrid, 1978, p. 65 y s.

197) Kelsen, Teoría General del Estado, p. 331.

198) Kelsen, op. cit. en nota anterior, p. 331.

199) Vid. Kelsen, "Théorie pure du Droit", cit., p. 208; Jellinek, "Teoría General del Estado, cit., p. 441.

En realidad, la crítica a la teoría del órgano, sobre todo cuando ésta confunde la voluntad del Estado con la de la nación (201), se basa principalmente en la consideración del poder constituyente, porque si todo órgano exige una voluntad creadora que sólo puede existir cuando la nación se halla jurídicamente organizada, resulta imposible hallar un verdadero órgano que, en la terminología de Jellinek (202), sea prima -rio (203). Ello supone, por otra parte, cuestionar el concepto de soberanía como una cualidad propia del Estado. Quienes así piensan no tienen más remedio que acudir a la tesis de la autolimitación para explicar la existencia de obligaciones estatales (204), pero este punto de vista, que por lo demás sólo puede justificar unos límites formales que se contraen al principio de que no hay Estado sin Derecho, no nos ofrece un fundamento sólido de esos deberes estatales, ya que mantiene en la oscuridad el contenido de la obligación y, en definitiva, su propia existencia (205). En el fondo, cabe apreciar --

-
- 200) Es curioso constatar, por otro lado, que incluso cuando el pueblo actúa como órgano del Estado existe un cierto sentimiento de superioridad y así el Consejo constitucional francés, en su decisión de 6 de noviembre de 1962, se declararía incompetente para juzgar la legitimidad constitucional de la ley referendada de 28 de octubre de 1962 por considerarla una categoría autónoma, expresión de la soberanía nacional. Vid. Braud, op. cit., p. 54 y A. Hauriou, "Derecho constitucional e instituciones políticas", trad. de González Casanova, Ariel, Barcelona, 1971, p. 547.
- 201) Así, Carré de Malberg, cit., vol. II, p. 291.
- 202) Jellinek, "Teoría General del Estado", cit., p. 414.
- 203) La contradicción fue señalada por L. Duguit, "L'État", Fontemoigne, 1903, vol. II, p. 51 y s. Vid. también de Duguit, "La doctrina subjetivista alemana", conferencia pronunciada en la Univ. de Madrid, trad. de A. de Lázaro y otros, en "El pragmatismo jurídico", F. Beltrán, Madrid, 1924, p. 87 y s., Burdeau, "Traité...", cit., Vol. IV, p. 66 y ss.
- 204) Así Jellinek, op. cit., p. 358-359.

los prejuicios juristicistas que laten en la argumentación de estas doctrinas: primero extienden la noción de Estado de -- forma que ningún poder con vocación jurídica (o sea, con excepción del ejército invasor de que habla Jellinek) pueda -- quedar excluido del concepto, pero posteriormente ve reducido su alcance al afirmar que la voluntad del Estado o, lo que es más grave, de la nación, se expresa a través de sus órganos, quienes a su vez sólo pueden existir cuando la nación -- se halla jurídicamente organizada, es decir, dentro del Estado (206). De esta manera, el círculo queda cerrado sin necesidad de abandonar las categorías jurídicas, pero también, -- creemos nosotros, sin haber logrado explicar el fundamento --

205) Algo análogo cabe decir de la posición kelseniana, que concibe la soberanía como una propiedad del orden jurídico, T.G. del Estado, p. 133 y ss.; y, en general, de todas aquellas que hacen de la soberanía un elemento -- del Estado.

Ciertamente, puede hablarse de una soberanía del Estado frente a los demás Estados (soberanía externa o independencia), y también de una soberanía del Estado frente a los individuos o grupos (soberanía interna), pero como es evidente en los párrafos anteriores nos referimos a un concepto distinto, a saber: la soberanía como fundamento del Estado.

206) La teoría kelseniana, asumida críticamente por Peces-Barba, resuena sin embargo en toda su "pureza" en algunos fragmentos de las "Reflexiones sobre Derecho y Poder", cit. Así, cuando dice que "el Derecho funda su validez en el poder efectivo que domina en el ámbito territorial de vigencia de ese ordenamiento jurídico, y normalmente ese poder efectivo será el Estado, forma moderna de poder político". (p. 232). Este planteamiento ofrece varias dificultades porque si, como pretende el prof. Peces-Barba, el poder constituye el fundamento de la eficacia (de la validez, por tanto) y en parte también el fundamento de la justicia del Derecho (legitimidad formal), y, al mismo tiempo, se supone que ese poder es el poder del Estado, las reflexiones sobre este último serán en definitiva reflexiones jurídicas porque el poder del Estado es sin duda poder jurídico. La coherencia de este valioso punto de vista exige afirmar que

de esas mismas categorías. El esfuerzo puede calificarse de --meritorio si consideramos que supone un correctivo a la tesis iusnaturalista, pero a nuestro juicio resulta insatisfactorio al pretender juridificar el fenómeno del poder. Las obligaciones de los órganos estatales individualmente consideradas pueden sin duda explicarse según la propia lógica del sistema jurídico jerarquizado, pero el sometimiento del Estado a una --Constitución sólo puede descansar en un hecho, en la realidad del poder. Confesar la insuficiencia del análisis jurídico es el precio que ha de pagarse a cambio de una visión más realista de los procesos de dominación, que constituyen el problema central de la filosofía jurídica que termina siendo filosofía política.

Así pues, si los derechos fundamentales constituyen verdaderas obligaciones a cargo del Estado es preciso reconocer --que su fuente de creación no puede hallarse en ninguno de los órganos estatales, sino en un poder de hecho, autónomo, permanente e ilimitado al que denominamos poder constituyente. Ahora bien, ¿quién es entonces el titular de ese poder?. Dice --Burdeau que el poder constituyente es la "veritable marque de la souveraineté" (207), de donde debería deducirse que el poder constituyente pertenece al soberano. La deducción, sin embargo, no puede admitirse sin cautelas, porque así como la so

el fundamento último del Derecho no es el Estado o poder constituido, sino el poder constituyente que da vida al Estado, un Estado que es Derecho desde el momento de su constitución; sin perjuicio, naturalmente, de que tras --ese momento fundacional (lógico, no histórico), el Estado asuma el ejercicio del poder, que ahora será un poder jurídico.

beranía es un concepto jurídico de larga tradición, la idea - del poder constituyente presenta unos rasgos mucho más modernos y, según creemos, sólo puede entenderse en el esquema de la democracia representativa. La soberanía puede atribuirse a un monarca o a un tirano, pero, sin modificar profundamente - su sentido histórico, el poder constituyente sólo puede pertenecer al pueblo. ¿Qué utilidad tendría reservar el poder constituyente a un tirano cuando él mismo encarna el más alto órgano del Estado y puede imponerse a los demás sin necesidad - de invocar esa fuente de poder superior al órgano, pero no a su persona?.

La distinción entre poder constituyente y constituido descansa en un principio fundamental del Estado moderno nacido - de la Revolución, como es el sistema representativo. En un régimen de democracia directa la soberanía pertenece al pueblo, pero carece de sentido atribuirle también el poder constituyente porque si no se diferencia entre cuerpo político (Parlamento, Gobierno, etc.) y cuerpo social, la distinción constituyente-constituido resulta inútil desde el momento en que la voluntad general no puede someterse a ninguna norma superior, aunque la haya creado ella misma. El poder constituyente se atribuye al pueblo desde el instante en que éste deja de ser el protagonista directo de la decisión política; en este sentido, no debe ser casual la insistencia de Sièyes en la afirmación de que el poder constituyente pertenece en exclusiva a nación, y que al mismo tiempo defendiese el único proyecto de

207) Burdeau, "Traité de Science Politique", cit., vol. IV. - p. 184.

Constitución que no otorgaba al pueblo la última palabra en materia de control de las leyes (208).

Pero la atribución al pueblo del poder constituyente, más que un deseo o una tradición histórica, creemos que representa una exigencia lógica que deriva ineludiblemente de su propia existencia como poder diferente al instituido, en el sentido de que no se trata tanto de que el pueblo ratifique o intervenga de alguna manera en la aprobación del texto constitucional, cuando de que éste ha de presentarse "como si" encarnase una voluntad superior a la del Estado, que en el mundo moderno y secularizado será normalmente la voluntad del pueblo. En realidad, y dejando a salvo una fundamentación que -- pretendiese invocar un origen divino, esa voluntad no puede -- ser otra que la del pueblo, porque si pertenece a un cuerpo político el poder constituyente se confunde con el constituido. La titularidad del pueblo puede ser puramente nominal, pero el poder constituyente sólo existe cuando se reclama como atributo del pueblo y es ejercido por un órgano que, en su -- función constituyente, no sobrevive dentro del Estado instituído. Por lo tanto, para concebirse como obligaciones del Estado, los derechos fundamentales han de quedar dentro del dominio del soberano, pero sólo cuando la soberanía es encarnada por un "órgano" que está fuera del Estado, esto es, por el poder constituyente (209). No puede ser casual que el princi-

208) Según Burdeau se trata de una evolución en el pensamiento de Sièyes exigida por los mismos acontecimientos revolucionarios, *Traité*, vol. IV, p. 205 y s. Vid. también Battaglini, "Contributi alla storia del controllo di --- costituzionalit' delle leggi", cit., p. 47 y s.

pío de la soberanía nacional y el de la libertad individual se proclamase al mismo tiempo; el preámbulo de la Constitución revolucionaria ofrece la traducción jurídica de la combinación de los dos principios: "El poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que atente o ponga obstáculos al ejercicio de los derechos naturales o civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución.

Debe insistirse en que el fundamento de la libertad y de las consiguientes obligaciones del Estado es el poder constituyente, no el soberano. Duguit, que puso de relieve las contradicciones de la doctrina subjetivista de la autolimitación del Estado, creemos que no fue capaz de solucionar el problema, precisamente por no distinguir la soberanía del poder -- constituyente. Para Duguit, que la soberanía pertenece al pueblo representa una idea tan metafísica como el principio del origen divino del poder, que sólo se explica como reacción a -- los fundamentos ideológicos de la monarquía absoluta (210). Y, ciertamente, entendiendo la soberanía como el origen del

209) En este sentido escribe Rubio Llorente que "si se parte de la idea de la soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente, para subrayar el carácter germinal, no sólo en el tiempo, que es lo de menos, sino sobre todo, en el orden lógico, de este poder, la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos y de los deberes del poder, o lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del Derecho, adquiere una firmeza granítica". Y añade que entonces "esta limitación no resulta de un acto libre de esas instancias concretas de poder o del Estado... sino de la dependencia en que esos órganos se encuentran respecto del pueblo", "La Constitución como fuente del Derecho" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", 3 volúmenes, vol. I, p. 49-74. La cita corresponde a la página 59.

poder del Estado, como causa última de su eficacia, suponer que pertenece al pueblo es tan "metafísico" como suponer su origen divino. No sucede así con el poder constituyente, idea que, como hemos indicado, sólo resulta operativa en el marco del Estado representativo, en el que el poder instituido se atribuye a órganos jurídicamente limitados, que no ostentan ese poder originario y absoluto. En este supuesto, cuando el poder constituyente no pertenece al Estado, es decir, cuando existe, pues en otro caso se confunde con el instituido, la soberanía sólo puede atribuirse al pueblo y sólo puede actuar por un órgano especialísimo que no sobrevive en el seno del Estado. La especialidad no deriva de su composición o del grado de legitimidad formal, sino del hecho de que, formulada su voluntad en forma de Constitución, todos los órganos del Estado quedan sometidos a sus preceptos.

El error de muchos planteamientos clásicos, y creemos -- que Duguit no es una excepción, consiste en buscar el fundamento de la soberanía "hic et nunc" de un Estado histórico. La idea de la soberanía nacional hereda la función desempeñada por la doctrina del Derecho divino providencial (211), limitándose a un simple cambio en la titularidad del sujeto. Se sustituye el Derecho divino del rey por el Derecho divino del pueblo. El poder político procede de Dios (o de la nación),-

210) Vid. "La nación titular originaria de la soberanía", sexta lección dada en la Universidad de Columbia, diciembre 1920-febrero 1921, en "Soberanía y Libertad", trad. de A.G. Acuña, F. Beltrán, Madrid, 1924, p. 150 y s.

211) Según Duguit, op. cit. en nota anterior, p. 153, la distinción entre un Derecho divino sobrenatural y un Derecho divino providencial como formas de legitimación del poder corresponde a Vareilles-Sommières.

pero el hombre o los hombres que lo poseen no han recibido -- una delegación directa, sino que están investidos por medios humanos; así, esta doctrina es compatible con todas las formas de gobierno y el Derecho divino o el pueblo se convier -- ten en instancias "metafísicas" de legitimación, pero no en elementos actuantes. Por el contrario, y siguiendo con la -- analogía, la soberanía del pueblo debe compararse con la doctrina del Derecho divino sobrenatural. Los órganos del Estado deben considerarse directamente investidos por el pueblo, pero para que ello suceda no basta afirmarlo, sino que debe comprobarse a partir del análisis de los procedimientos y -- formas jurídicas vigentes que garantizan, en su caso, el sometimiento efectivo de los órganos del Estado a la Constitución. En definitiva, que el pueblo ostenta el poder constituyente no debe concebirse a modo de una norma hipotética fundamental, como una condición del pensar político, es decir, como una condición lógico-transcendental del método de conocimiento del Derecho público y, a la vez y por lo mismo, de la existencia del propio Derecho, sino como una circunstancia histórica que puede verificarse o no. Los derechos fundamentales, para que sean obligaciones del Estado, deben reposar en un poder distinto de los que encarnan los órganos del Estado, lo que supone que en la actuación regular de los poderes públicos ninguno de ellos pueda sustraerse a la obligación correspondiente. En otro caso tiene razón Duguit: afirmar que la soberanía pertenece al pueblo es pura metafísica.

El poder constituyente es un poder de hecho (212) y, en cuanto que asume los atributos de la soberanía, es también --

un poder ilimitado (213) y permanente. Bien es verdad que este punto de vista puede parecer antijurídico y contradictorio con la existencia de un poder de revisión o poder constituyente constituido, en la medida en que este último, que tiene -- por objeto modificar la Constitución, es un poder jurídico, -- sometido al Derecho y ejercido por un órgano del Estado (214), incluso cuando se prevé la intervención del pueblo. Ahora bien, ¿acaso la atribución a un órgano del Estado de la función de modificar los fundamentos del propio Estado no echa por tierra todas las consideraciones anteriores acerca del carácter fáctico y permanente del poder constituyente?. En realidad, -- creemos que el problema es más aparente que real porque, desde nuestro punto de vista, ambos poderes coexisten; serían incompatibles si se hallasen en un mismo plano, pues ciertamente a los dos se les atribuye idéntica función, pero no si reconocemos que el poder constituyente es un poder de hecho y -- el constituido un poder jurídico. La discusión acerca de los límites del poder de revisión deriva en parte de un enfoque -- equivocado de este problema, Que el poder de revisión es limitado no ofrece duda desde el instante en que se admite su naturaleza jurídica: todo poder jurídico es limitado. No es ocasión de detenernos en este tema (215), pero en principio el -- texto constitucional no ha de encontrar ningún obstáculo si -- desea establecer límites al poder de revisión (216); y deci --

212) En contra Burdeau, "Traité de Science politique", cit, Vol IV, p. 213 y s., estima que el poder constituyente tiene naturaleza jurídica, pese a reconocer que no forma parte del Estado, lo que supone reconocer la existencia de un Derecho anterior al Estado.

dir si éstos han de ser muchos o pocos es un problema de política jurídica. Lo que sucede es que, si se permite la ex - presión, la existencia de un órgano revisionista representa una concesión del poder al Derecho. Sus posibilidades de actuación dependen, en primer lugar, del texto constitucional, pero ante todo se hallan condicionadas por el poder de hecho que, no hace falta decirlo, es capaz de imponerse sobre los propios límites que eventualmente haya previsto la Constitución. En este sentido, el poder de hecho no tiene por objeto principal "crear" una Constitución, lo que probablemente acon tecerá sólo en algunos periodo de cambio revolucionario, sino que su función esencial consiste en sostenerla, esto es, en proporcionar el nivel mínimo de eficacia para que el orden - jurídico conserve su validez. Cuando ello no suceda, el cambio constitucional será inevitable, bien respetando con más o menor pulcritud los procedimientos de revisión, o bien, si éstos resultan demasiado rígidos, procediendo por la vía de hecho. El problema tal vez quede mejor esclarecido si afirma mos que el poder de revisión es un poder jurídico sólo en --

213) Sobre el tema de los límites del poder constituyente, - vid. Pérez Serrano, N., op. cit., p. 466-467.

214) Bradd, op. cit., p. 62-63 se esfuerza en demostrar que el poder de revisión no encarna en un órgano del Estado, pero a nuestro juicio parte del error de suponer que el poder constituyente y de revisión son incompatibles.

215) Vid. sobre el tema Burdeau, vol. IV, o. 109 y s.

216) Lo que, por otra parte, es frecuente en Constituciones recientes. Vid. art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn; 139 de la Constitución italiana y 89 de la francesa.

217) Que las cláusulas limitadoras de la reforma constitucional tenga una transcendencia muy relativa en lo que se refiere a su finalidad principal o directa, esto es, evi tar la reforma, no quiere decir, sin embargo, que carez can de importancia en orden a la interpretación y garan

parte. Es formalmente jurídico, porque se organiza de acuerdo con el Derecho y actúa sujeto a un procedimiento previamente establecido. Pero deja de ser jurídico desde un punto de vista material, en la medida en que puede cambiar la Constitu -- ción, sin que las limitaciones que eventualmente haya podido establecer esta última le vinculen en la práctica. Si un precepto establece que la forma monárquica no es revisable, basta con derogar ese precepto y a continuación proclamar la república (217). Ello es así porque bajo el poder de revisión actúa el poder constituyente. Es decir, que éste puede modifi car la Constitución de un Estado mediante dos procedimientos: de hecho, sin ajustarse a ninguna normativa previa, o de Dere cho, según las reglas formales establecidas en la Constitu -- ción.

Lo dicho no supone infravalorar la importancia del poder de revisión, sino todo lo contrario, ya que al situar el problema en sus justos límites, es decir, en el ámbito del Derecho, resulta que el poder de revisión es el único que admite un análisis rigurosamente jurídico, de manera que, como dice Burdeau en tono crítico (218), hemos de remitir al órgano de revisión las fuentes constituyentes. La juridificación del poder constituyente plantea, sin embargo, obstáculos de envergadura, pues al admitir que se halla sometido al Derecho, hemos de reconocer también que se trata de un poder limitado y que,

tía del texto fundamental. Vid. al respecto las consideraciones de Pedro de Vega en "La reforma constitucional", "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", C.E.C., Madrid, 1978, p. 217 y s., en especial, p. 226 y s.
218) Burdeau, "Traité de Science Politique", cit. vol. IV, p. 250.

además, su titular es un órgano del Estado (219). Es más en ciertos sistemas la flexibilidad es tal que la Asamblea legislativa ordinaria goza de funciones revisoras (220). Entonces, ¿cómo hacer compatible el principio de que los derechos fundamentales, mediante su constitucionalización, se imponen a todos los poderes del Estado, con el hecho cierto de que el poder de revisión es ejercido por un órgano del Estado?. Desde una perspectiva que pudiéramos calificar de mecanicista, que no reconociese la autonomía relativa del proceso político, la respuesta sería sencilla: cuando el órgano revisionista ejerce sus funciones expresa la voluntad genuina del poder constituyente o, dicho de otra forma, cualquiera que sea el procedimiento de revisión, éste no podrá ser actuado sin el consentimiento tácito del poder de hecho. Según creemos, los autores marxistas no han estudiado directamente esta cuestión, pero no parece muy arriesgado afirmar que, al menos en su tendencia más arcaica (221) habrían de conceder escasísima transcendencia al poder constituyente jurídicado. Así, por ejemplo, Bujarin se pregunta si sería posible que el proletariado dominase el Estado de manera prolongada de acuerdo con los procedimientos previstos en la Constitución; de ningún modo, contesta, pues entonces faltaría una de las condiciones del equilibrio: "o el proletariado tomaría también el poder de la pro

219) Por regla general, la revisión exige el concurso de varios órganos del Estado.

220) Vid. Burdeau, vol. IV, p. 242 y s. En realidad, cuando una ley ordinaria puede modificar el texto constitucional lo que sucede es que no existe Constitución en sentido formal.

221) Es decir, aquella que preocupándose sólo por los sujetos protagonistas del cambio histórico, olvida o valora muy

ducción o la burguesía recuperaría el poder estatal" (222). No puede negarse coherencia a este punto de vista, pues, en efecto, hallándose la "estructura social y política de la sociedad determinada directamente (...) por su estructura económica" (223), es evidente que las formas políticas dependerán de las condiciones que exija la clase dirigente, que controla la producción, para perpetuar su dominio. En consecuencia, el poder de revisión sólo podrá ejercerse cuando se acomode en sus resultados al interés de la clase que domina el proceso de la producción.

Entre otros resultados, este planteamiento conduce a un desinterés hacia las cuestiones políticas y jurídicas; encierra el peligro de enmascarar la actuación de los órganos del Estado con la presunción "iuris et de iure" de que en realidad quien actúa es la voluntad general, el pueblo en función constituyente; y, además puede llevar a la conclusión de que el establecimiento de un sistema riguroso de reforma constitucional resulta absurdo desde el momento en que el poder constituyente es ilimitado y permanente. Pero este punto de vista parte en realidad del equívoco de confundir el poder constituyente con cualquier poder ^{de} hecho, con la pura fuerza, y evidentemente no es así. Por definición, el poder constituyente no es un poder constituido, es decir, actuante en el ámbito de -

escasamente el problema de los sistemas de dominación, de las formas de gobierno y, en definitiva, de las instituciones.

- 222) Bujarin, "Teoría del materialismo histórico. Ensayo popular de sociología marxista", trad. de P. de la Torriente y otros, ed. Siglo XXI, 2ª ed., Madrid, 1974, p. 236 y s. La cita es de la pág. 238.
- 223) Bujarin, op. cit., p. 237.

la normatividad legal, sino que lo hemos representado como la fuente del poder, como un conjunto de fuerzas sociales que, - movidas por los más diversos impulsos, imponen unos ciertos - ideales de justicia, una determinada idea de Derecho; y, además, siendo fieles al sentido lógico e histórico del poder -- constituyente, lo hemos entendido también como un poder que - sólo el pueblo puede encarnar (224). Lo que sucede es que, -- creado el Estado (225), éste se emancipa, adquiere una realidad propia, goza de poder o, más exactamente, monopoliza el - uso legítimo de la fuerza, y sin duda puede sentir la tenta - ción de iniciar una reforma constitucional que le libere de - sus ataduras, o, más sencillamente, de no respetar la Consti - tución o revisarla de manera subrepticia. Previsiblemente, -- ninguna organización estatal será capaz de modificar en pro - fundidad una Constitución, cualquiera que sea el sentido polí - tico de la revisión, si no cuenta con el asentimiento de esas fuerzas sociales (226), pero no cabe duda que el Estado y sus órganos gozan de una autonomía más que relativa y monopolizan la actividad jurídico-política.

224) Sobre esta última cuestión se expresa en un sentido aná - logo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid, 1979, p. 83 y s. Vid. también, "La - Constitución como norma jurídica" en Anuario de Derecho Civil, 1979.

225) Hablamos en un sentido lógico y no cronológico, como por otra parte es corriente en el contractualismo moderno.

226) Rechazar el puro mecanismo de la "superestructura" como reflejo de las relaciones económicas en modo alguno impi - de reconocer que la Constitución y el Estado sintetizan y dan impulso a ideales e intereses de la sociedad, que, por otra parte, tampoco es un todo armónico. En este sen - tido, y simplificando los términos de la cuestión, el Es - tado puede responder de forma principal a un fundamento sociológico clasista, o bien puede configurarse de mane -

Desde el momento en que se toma conciencia de la autonomía relativa de las instituciones o, como diría Bobbio (227), de "que el poder cuando es incontrolado, puede degenerar, que contra las posibles degeneraciones del poder hay que predisponer remedios, levantar barreras, erigir eficaces defensas..."; desde entonces, el problema planteado en las líneas anteriores cobra toda su importancia; ¿Cómo concebir los derechos -- fundamentales como obligaciones del Estado si alguno de sus -- órganos dispone de una potencia normativa capaz de modificar o dorogar la fuente de positivización de esos mismos derechos? Sin duda, el Derecho comparado ofrece múltiples sistemas de -- revisión, pero a nuestro juicio, la dificultad señalada sólo se salva cuando la revisión se atribuye al pueblo o a un órgano especialmente constituido a tal fin, mediante procedimientos democráticos, que desaparece después de cumplida su misión o, al menos, que no puede modificar de nuevo la Constitución. En ambos supuestos, los órganos de revisión tienen un -- carácter especialísimo y, aun en el caso de que la Asamblea -- no se disuelva, quedará sometida a su propia Constitución, por que ya no será constituyente sino legislativa. La solución -- puede parecer insatisfactoria porque de hecho se reconoce a -- los cuerpos políticos una intervención decisiva o preponderante, pero desde un punto de vista jurídico resulta suficiente para concebir los derechos fundamentales como obligaciones -- del Estado. Que el proceso de reforma dependa en la mayor o -- menor medida de la voluntad de las instituciones (228) consti

ra preferente como el resultado de un pacto, de un acuerdo mínimo, entre diversas fuerzas sociales.

tuye un problema político que exigirá preguntarse hasta que punto esas instituciones expresan con fidelidad una voluntad social, pero no supone necesariamente que los órganos del Estado se impongan jurídicamente sobre la Constitución. Cuando la función revisora no se confunde con la legislativa y es ejercida por un órgano constituido "ad hoc" o, mediante un procedimiento especial, por el concurso de la voluntad de diferentes órganos, puede afirmarse que todas las instituciones que cotidianamente actúan la voluntad del Estado se hallan sometidos a la Constitución.

En síntesis, para concebir los derechos fundamentales como obligaciones del Estado, es necesario que estos formen parte de la Constitución, es decir, de aquella norma que, al regular la creación de normas jurídicas generales, establecen en mayor o menor medida su posible contenido; bien de forma negativa, esto es, prohibiendo ordenar, prohibiendo permitir, mandando prohibir o mandando ordenar. Y, en segundo lugar, es necesario también que el poder encargado de regular la creación de normas jurídicas no coincida con ninguno de los órganos del Estado, cuya función es precisamente crear esas normas inferiores. Sin duda, los derechos fundamentales pueden existir sin que se cumplan estos requisitos; los poderes del Estado pueden autolimitarse o existir controles difusos que en la práctica supongan un riguroso respeto a la libertad, pero en ese caso creemos que los derechos fundamenta

227) Bobbio, "¿Qué socialismo?", trad. de J. Moreno, ed. Plaza & Janés, Barcelona, 1978, p. 72.

228) Una voluntad que puede ser jurídicamente libre, pero -- que desde luego no lo es desde un punto de vista político y social.

les no podrán calificarse jurídicamente como obligaciones del Estado y dejarán de ser fieles a su origen y sentido histórico. La idea de los derechos naturales, del origen contractual del poder como condición de la libertad, la teoría acerca de las leyes fundamentales y de los límites al poder del monarca absoluto, etc., se traducen hoy en una exigencia de constitucionalización de los derechos.

Recapitulando sobre las consideraciones recogidas en la -- introducción de este capítulo a propósito de la crisis de la ley (229), tal vez pudiera argumentarse que atribuir a la -- Constitución la garantía de las libertades y de la democracia política no soluciona muchos de los problemas entonces enunciados, pues, según la argumentación referida, al establecer un sistema representativo, consagra la escisión entre Estado y sociedad civil. La Constitución se sitúa así en una esfera "transcendente", como razón universal, formal y alienada, se parada de las esferas privadas, contemplando al hombre en su determinación política (230); en la monarquía, dice Marx --pero también en las demás formas de Estado no democráticas-- el todo, el pueblo, se subsume bajo uno de sus modos de existir, la constitución política (231). Precisamente, el problema de

229) Nos referimos a la primera crisis, que surge de la inadecuación de las leyes positivas a los postulados que --teóricamente habrían de satisfacer, y no a la crisis denunciada por el pensamiento jurídico en el segundo tercio del siglo XX.

230) Esta separación entre sociedad política y sociedad civil, entre ciudadano y burgués, constituye uno de los --motivos principales de la crítica marxista. La apreciación nos parece correcta y sugiere otros varios límites de la democracia representativa, pero tampoco conviene llevarla demasiado lejos; en concreto no debe suponerse

las relaciones entre Constitución y poder legislativo sólo se plantea si existe esa separación entre el Estado y la sociedad civil, "si el Estado político existe como simple formalismo del Estado real" (232).

Ante todo, cabe observar que la crítica marxista a la -- Constitución, escasa y fragmentaria por otra parte, es en -- realidad una crítica al constitucionalismo liberal. Para --- Marx, pero también para Lenin, la Constitución no es la norma jurídica que regula la creación de normas jurídicas generales (Constitución material), ni tampoco el texto positivo que ocupa una situación de privilegio jerárquico en relación con todas las demás normas (Constitución formal) o, al menos, no es esto principalmente. La Constitución es una de las formas del Estado burgués. Monarquía o república constitucional. es lo contrario a dictadura política. Este punto de partida es importante si consideramos el valor secundario y casi --- anecdótico que tienen las instituciones y las formas de go -- bierno en la teoría política marxista. Ya anteriormente citamos un texto esclarecedor de Bujarín, pero en realidad la te

que no existe un plano político que presenta sus propios obstáculos al desarrollo integral del individuo, no debe suponerse que todas las dificultades del hombre son las del hombre trabajador. En definitiva, una cosa es -- que el Derecho liberal sólo se preocupa del ciudadano y no del trabajador y otra muy distinta que hagamos tabla rasa de dos facetas que, aunque relacionadas son distintas. Vid. las consideraciones de Bobbio, "¿Qué socialismo?", cit., p. 110 y s.

231) En cambio, en la democracia "la constitución misma aparece simplemente como una determinación del pueblo", Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel, cit., p. 40.

232) Marx, op. cit., p. 73.

233) "Las formas de los Estados burgueses son extraordinariamente diversas, pero su esencia es la misma: todos esos Estados son, bajo una forma o bajo otra, pero en último

sis puede hallarse en Lenin (233) y también en una breve referencia de la "Lucha de clases en Francia" (234). Lo cierto, - sin embargo, es que este punto de vista, además de unilateral, no nos dice nada acerca de la finalidad que satisface una Constitución que se respeta, sino, por el contrario, de lo que sucede cuando los efectos de la Constitución (léase de la democracia política) ponen en peligro los intereses de la clase dominante en la Francia de 1850 y, según parece, en cualquier país y periodo histórico, si aceptamos la generalización de - "El Estado y la Revolución" y de tantos otros escritos posteriores. La lectura del texto histórico de Marx nos debe llevar al convencimiento acerca del carácter progresista de la Constitución. "La base de la Constitución es el sufragio universal (...). La burguesía, al rechazar el sufragio universal ... confiesa sin esbozo: nuestra dictadura ha existido hasta aquí por la voluntad del pueblo; ahora hay que consolidarla - contra la voluntad del pueblo" (235). Pero, ¿qué función cumple la Constitución que se respeta?

La respuesta, también escasamente desarrollada, la encontramos en un fragmento poco conocido de la Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel (236). Llama la atención que Marx denuncie, en primer lugar, la contradicción del texto hegeliano: la Constitución debe determinar al poder legislativo, pe-

resultado, necesariamente, una dictadura de la burguesía" "El Estado y la Revolución", cap. II, parte 3ª, p. 48 de la edición de "Lenguas Extranjeras"; Moscú, 1947.

234) Cito por la 2ª ed. de Ayuso, Madrid, 1975, trad. y notas de I.M.L.

235) op. cit. en nota anterior, p. 208.

236) op. cit. crítica al párrafo 298 de la Filosofía del Derecho de Hegel, pp. 69-74.

ro al mismo tiempo está condicionada por el desarrollo que -
efectúe el mismo poder legislativo. En el fondo, la contradic-
ción no es de Hegel, sino que expresa una oposición propia -
del Estado moderno entre Constitución y poder legislativo; -
una oposición que, según Marx, sólo puede plantearse allí --
donde el Estado político existe como simple formalismo del -
Estado real y donde el poder legislativo tiene un origen dis-
tinto al del poder gubernativo. La Constitución entonces "no
es más que el arreglo entre el Estado político y el Estado -
no político; por lo tanto es necesariamente en sí misma un -
compromiso entre poderes esencialmente heterogeneos (237). -
También aquí se aprecia el carácter nuclear que tiene la re-
flexión sobre los sujetos históricos, pues la Constitución,
como norma que limita a todos los poderes del Estado, singu-
larmente al legislativo, parece perder toda función desde el
momento en que "el progreso llegue a ser el principio de la
constitución, que... el pueblo llegue a ser, pues, el princi-
pio de la constitución" (238) o, lo que es lo mismo, que la
Constitución como tal desaparezca, se diluya en un Estado po-
lítico que sea a la vez real, que exprese genuinamente la vo-
luntad general. De nuevo parece escucharse el argumento de -
Rousseau: solucionado el problema de quién manda, la liber-
tad vendrá por añadura; si el pueblo llega a ser el princi-
pio del progreso político, la Constitución, como instrumento
garantizador que recoge los derechos fundamentales frente a
los poderes del Estado, deja de tener sentido.

237) Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel, cit.p.74.
238) op. cit., en nota anterior, p. 73.

Ya anteriormente pusimos de relieve la unilateralidad de este punto de vista que no toma en cuenta el problema de las instituciones, es decir, del cómo se manda. En primer lugar, aunque el poder del Estado fuese por completo homogéneo, lo que no es concebible, parece difícil que de su naturaleza pudiera derivarse con total precisión la forma de gobierno; puede en todo caso constatarse una cierta tendencia, pero nada más (239). En segundo lugar, resulta casi obvio decirlo (240), para el hombre histórico y real el problema de las instituciones es sin duda el primero de cuantos le plantea la existencia de una fuerza exterior llamada Estado; frente a la -- opresión se reivindica antes la limitación del poder que el cambio de su titular, como por lo demás demuestra la propia evolución histórica. Y finalmente, el cómo se gobierna condiciona la propia titularidad del poder, es decir, influye sobre los sujetos protagonistas del cambio histórico. El pensamiento marxista ofrece todo un catálogo de los supuestos y condiciones en que la clase dominante decide adoptar una u otra clase de instituciones (241), pero ¿acaso las instituciones resultan indiferentes a la hora de determinar el sentido o finalidad del ejercicio del poder?.

239) La propia burguesía nos ofrece el mejor ejemplo, ya que ha conocido las más diversas formas de gobierno --monarquía absoluta, democracia política y dictadura--, cuya evolución no puede vincularse mecánicamente a las vicisitudes de las formas de control sobre la producción.

240) Con razón habla Bobbio del descubrimiento de lo obvio -- en relación con este problema: "¿Qué socialismo?", cit., p. 72-75.

241) Sólo a título de ejemplo vid. Engels, "Anti-Dühring", -- trad. J. Verdes Montenegro, ed. Ciencia Nueva, 1968, Segunda parte, Cap. II, pp. 177-185.

Es curioso comprobar que el repetido desinterés del marxismo hacia los problemas del Estado y, en general, de la llamada superestructura, se corresponde en la práctica con una - esperanza casi religiosa en los procesos políticos y, más concretamente, en la revolución; pues, así como se reconoce que la revolución burguesa siguió el desarrollo de la economía capitalista (242), suponiendo un Estado absoluto mediador y no beligerante, se procura, sin embargo, construir una economía, una sociedad y una cultura socialista sólo después de verificar la revolución proletaria, es decir, después de dominar - el proceso político y, por tanto, jurídico. Esta postura, tanto si se habla de revolución como de reforma, ¿no supone acaso una desmedida confianza en el Derecho como medio de transformación social?. La Constitución no agota la dimensión real del hombre, aunque sí su expresión formal, y, por ello, el -- juicio ha de limitarse en principio al ámbito de su eficacia, que es el de la organización política. La democracia política, los derechos fundamentales y, en definitiva, la propia Constitución representan una defensa frente a la realidad cotidiana de la acción del Estado. No constituyen la causa de la escisión entre el Estado político y la sociedad civil y por sí solos probablemente tampoco la industria de su cancelación, pero, en cualquier caso, antes que un obstáculo representan un camino que facilita la generalización de la libertad a todas las esferas de la vida social. En este sentido, no puede ne -

242) Vid. el texto citado en la nota anterior. Vid. también, "La ideología alemana", trad. de W. Roces. Ed. Pueblos - Unidos y Grijalbo, 4ª ed., Barcelona, 1972, p. 55 y s.

garse que la defensa del individuo, de su libertad, de su conciencia, y de todas sus posibilidades laborales y culturales, ha de ser la primera condición de un progreso que se postula de mayorías. Las instituciones, el régimen constitucional y democrático, no son en modo alguno ajenos a la finalidad que se persigue con el ejercicio del poder.

¿Cómo se puede decir que "lo que la constitución hace es estabilizar y sancionar un dominio de clase que ha sido establecido en forma dictatorial" (243), cuando la propia crítica marxista reconoce que en el capitalismo monopolista se aprecia el viraje de la democracia a la reacción política? (244). No decimos que la Constitución y el sufragio universal sean la industria de la disolución del Estado político (245), pero sí que en el mundo contemporáneo resultan indispensables para la generalización de la libertad, tanto en un sentido personal (que sea efectivamente disfrutada por todos los hombres) como material (que no se circunscriba al ámbito político). Desde esta perspectiva alcanza toda su transcendencia el tema --

243) Moore, S., "Crítica de la Democracia capitalista. Una introducción a la teoría del Estado de Marx, Engels y Lenin", trad. de M. Norwersztern, 4ª edición en español, Siglo XXI, Madrid, 1974, p. 31.

244) Ya Lenin lo señaló en varias obras; así en "El imperio -- lismo, fase superior del capitalismo", "Obras completas", ed. Cartago, Buenos Aires, 1958-1960, vol XXII, en especial capítulos VI, VII y IX.

245) Como decía Marx en relación con el sufragio universal: -- "La reforma electoral es por consiguiente, en el interior del Estado político abstracto, el pedido de su disolución tanto como el de la disolución de la sociedad civil" "Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel", cit., p. 151.

En realidad, como luego veremos, la Constitución y el sufragio universal representan un grave obstáculo a tesis del Estado escindido, que se impone y domina a la sociedad civil.

inicialmente planteado. Unicamente si las garantías jurídico-políticas figuran en la Constitución, éstas se impondrán inexorablemente a todos los órganos del Estado y servirán de instrumento para esa generalización de la libertad y de la democracia a todas las esferas de la actividad humana, lo que al mismo tiempo que aminora las diferencias entre lo político y lo real, propiciará la articulación jurídica de nuevas aspiraciones sociales que serán constitucionalizadas en forma de -- nuevas garantías, es decir, como nuevos derechos fundamentales. El progreso será entonces el principio de la Constitución. Bien es verdad que una concepción totalizadora de los -- fenómenos sociales nos indica que para una evolución como la señalada el texto constitucional es insuficiente, pero también que resulta imprescindible (246).

Los derechos fundamentales constitucionalizados no son -- "limitaciones puestas a la sociedad", como agudamente sugiere Capella (247), sino limitaciones puestas al Estado, pues no -- es él quien define, *legibus solutus*, el marco de su "no interferencia" en las actividades privadas. Además, Capella critica unas libertades públicas, las de 1789, que, al menos en -- nuestra Constitución, representan sólo una parte de los dere-

246) En el mismo sentido, vid. Bobbio, "¿Qué socialismo?", cit. p. 81 y s., sobre todo p. 103.

247) "Sobre el mito de la soberanía popular", en "Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado", ed. Fontanella, Barcelona, 1976, p. 204. Una idea análoga sobre la democracia como límite al poder del pueblo, es decir, a la soberanía popular, en Colletti, "Estado de Derecho y Soberanía popular" en *Società*, XVI, n. 6, Milano, nov-dic., 1960, trad. de J.R. Capella, "Para una democracia socialista" con trabajos de Colletti, Mylnar y Akademos, Cuadernos Anagrama, Barcelona, 1976.

chos fundamentales. La Constitución, no lo olvidemos, determi
na el ámbito de la "no interferencia" del Estado, pero tam --
bién establece obligaciones de contenido positivo que requie-
ren una intervención en la sociedad civil.

En realidad, la crítica de Capella, como en general la --
del pensamiento marxista, no toma en consideración los dere -
chos fundamentales, ni siquiera el Derecho, sino el Derecho -
liberal; y lo que es más grave, una concepción del Derecho li
beral que nos atreveríamos a calificar de hegeliana. En sínte
sis el problema es el siguiente: o la Constitución es una nor
ma jurídica "del" Estado, y subrayamos el sentido de posesión
y en tal supuesto participa de las cualidades de éste; o la -
Constitución es el fundamento del Derecho del Estado y como -
tal fundamento es sustancialmente distinto del propio Estado
y de sus normas. En el primer caso, la atribución a los ciuda
danos de una serie de derechos que comportan obligaciones pa
ra el Estado no pueden explicarse por el mecanismo de la rela
ción jurídica intersubjetiva, sino suponiendo la autolimita -
ción del Estado, que siendo soberano y fuente de todo Derecho
no es susceptible de someterse al imperio de la ley si no es
por su propia y libre voluntad (248). Como escribe Rubio Llo
rente (249), "La idea de la personalidad del Estado que es el

248) Que Capella parte de esta idea lo demuestra el siguiente
fragmento de su artículo citado en la nota anterior: "La
historia del "Estado representativo" nos lo presenta mo
dificado sin cesar los elásticos límites que siempre se
autocompromete a respetar", p. 204. O sea, el Derecho --
que se critica es el de la publicística alemana: persona
lidad del Estado, titularidad de la soberanía en la per
sona del Estado, autolimitación o, en el verbo que utili
za Capella, "autocompromiso". En estas circunstancias, -
debe aceptarse la idea de que los derechos fundamentales

eje de toda la gigantesca máquina lleva necesariamente a la singularización de éste como titular de la soberanía. Esta - pretendida objetivación del poder implica que se priva del - mismo al monarca, pero implica también que se priva de él al pueblo". Entonces se consuma la famosa separación entre el - Estado y la sociedad; aquél desarrolla su propia vida, se au - toregula y, en definitiva, encuentra los criterios de legiti - mi - dad en su misma existencia; todo deviene "órganos del Esta - do", incluso el pueblo cuando participa. La crítica marxista se construye sobre estas premisas. Pero si, como hemos admi - ti - do nosotros, el poder constituyente no es un órgano del Es - ta - do, sino que pertenece al pueblo titular de la soberanía - nacional, parece claro que los derechos fundamentales no na - cen de la autolimitación del Estado sino de la imposición - de un poder exterior que no sólo determina los modos de crea - ci - ón de las normas jurídicas, sino que además establece ver - da - deros derechos y obligaciones, esto es, hace surgir rela - ci - ones jurídicas entre sujetos distintos, ninguno de los cua - les es fuente de su propia obligación. Se argumentará tal -- vez que este punto de vista no impide que el Estado político sea simple formalismo del Estado real, que, en términos más claros, el Estado político gestione sus propios intereses. Se dirá también que cuando surge la contradicción entre los pre

vienen definidos por el Estado como limitaciones a la - so - ci - edad, pero no cuando el Derecho descansa en un po - der anterior al Estado y es efectivamente ejercido por el pueblo con carácter fundacional, entendida esta ex - pre - sión en un sentido más lógico que cronológico.

249) Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del Dere - cho", cit., p. 58.

ceptos constitucionales y la voluntad del poder legislativo -- es porque existe ese divorcio entre el Estado y la sociedad -- civil; pero el hecho de que se reconozca en el pueblo al único titular de la soberanía y del poder constituyente, origen de toda obligación, y el hecho de que la Constitución se imponga sobre todos los órganos del Estado, ¿no supone acaso -- que esa contradicción se resuelve en favor del pueblo?. Ni la democracia ni la Constitución pueden poner fin a los múlti -- ples conflictos que nacen en una sociedad civil que es el reino de la desigualdad, ni impedir que éstos se reflejen en la política y en la cultura o, al menos, no resultan por sí elementos suficientemente poderosos, pero el reconocimiento de -- una catálogo de derechos fundamentales, cuya fuente es la soberanía popular y que comportan verdaderas obligaciones para el Estado, representa la consagración de un ámbito de liber -- tad en el que prevalece el ciudadano frente a ese poder insti -- tuido que, en efecto, puede gestionar sus propios intereses o los de una clase en detrimento de los de la inmensa mayoría.

Es curioso constatar que la reflexión marxista sobre la -- Constitución se confunde con su crítica al sistema representa -- tivo, mejor, para mantenernos en el ámbito de las fuentes del Derecho, con su crítica a la ley. Y esa confusión responde, a nuestro juicio, a los residuos hegelianos que se hallan pre -- sentes es la argumentación aludida. El Estado se separa de la sociedad, la ley y la Constitución son normas del Estado, por -- que ninguna norma se concibe fuera del Estado (250); luego la ley y la Constitución son perfectamente ajenas al pueblo. Lo que no sucede cuando es el propio pueblo quien en ejercicio

de su soberanía, establece obligaciones a cargo del Estado, - que a partir de ese momento es en verdad su Estado. No estamos especulando ni suponiendo que la Constitución ha de entenderse "como si" tuviese su fundamento en el pueblo. Nos referimos a una condición histórica que reúnen ciertos sistemas políticos, pero no todos; y, para diferenciarlos, diremos que sólo los primeros tienen Constitución. ¿Por qué habríamos de olvidar los términos categóricos del artículo 16 de la Declaración francesa de 1789?. "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución".

En consecuencia, debemos hacer una última precisión, a saber: la idea de que los derechos fundamentales representan una verdadera obligación para el Estado deriva, es cierto, de su constitucionalización, pero sólo cuando la Constitución reconoce como única fuente de creación al pueblo, lo cual desde nuestro punto de vista representa una cualidad esencial del concepto riguroso y moderno de Constitución. No cabe duda de que estamos ante una noción prestigiosa y que cualquier sistema político puede dotarse de una Constitución, es decir, de una norma jurídica que regule la creación de normas jurídicas generales y que incluso prometa un amplio catálogo de libertades, pero cuando el poder que la establece no des-

250) Lo contrario sería objeto de anatema por la herejía de iusnaturalismo, cuando en realidad la tesis combatida se asemeja a la doctrina del Derecho natural mucho más que la nuestra. El Derecho se legitima en el Derecho, bien en el positivo, bien en el natural; pero en todo caso se trata de una visión unilateral que no encuadra a lo jurídico dentro del conjunto de los fenómenos sociales y singularmente no lo relaciona con el poder.

cansa en el pueblo no se trata de una verdadera Constitución; ello es así porque, de no ser el pueblo, la titularidad del poder constituyente ha de pertenecer a una persona o a un directorio que forma parte del Estado, o sea, a un poder constituido, en cuyo caso se confunde con el poder constituyente, y al confundirse este último desaparece (251). ¿Cómo discernir los supuestos en que la Constitución descansa en el pueblo?. Ciertamente, no valen invocaciones genéricas, aunque la referencia a la soberanía del pueblo suele ser un síntoma fiable. Creemos, sin embargo, que hay dos elementos bastante seguros, la libertad y la democracia; en primer lugar, la existencia de un catálogo de libertades, pues nadie es injusto consigo mismo y cuando los derechos fundamentales aparecen dibujados con trazos vigorosos y pretenden imponerse sobre todos los órganos del Estado, es muy razonable pensar que la fuente de creación no sea uno de esos órganos, sino el pueblo. En segundo lugar, el grado de participación popular en la aprobación de las leyes y de la Constitución; en este sentido, el referéndum es importante, pero no decisivo. Mayor relevancia debe atribuirse al órgano que se halla legitimado para iniciar el procedimiento de reforma de la Constitución y, sobre todo, al que ha de aprobar las leyes o la reforma, con o sin ratifica-

251) El número de estas Constituciones no es escaso. Citemos, por ejemplo, la llamada Carta Constitucional de Luis XVIII de 4 de junio de 1814 y, en general, todas las que se elaboraron bajo su influencia. Vid. Jellinek, Teoría General del Estado, cit., p. 397 y s. Y recordemos también las Leyes Fundamentales del periodo franquista, cuya fuerza se confundía con la del propio Jefe del Estado, ya que en él residía en último término el control de constitucionalidad.

ción popular. Cuando esos órganos han sido elegidos democráticamente en un sistema de libertades, es también lógico pensar que el pueblo es titular del poder constituyente.

Así pues, los derechos fundamentales son obligaciones del Estado cuando el poder es democrático, o sea, cuando el poder de hecho que proporciona eficacia a todo el orden jurídico descansa en el pueblo; y, a su vez, para que ese poder descansa en el pueblo, es necesario que en la Constitución se reconozcan los derechos fundamentales, imponiéndose como verdaderas obligaciones a todos los poderes del Estado, lo que exige que ninguno de ellos pueda dictar una norma que prevalezca sobre la libertad constitucionalizada ni, mucho menos, derogarla. La democracia no sólo no representa un peligro para la libertad, sino que constituye su fundamento, el único posible en el mundo moderno.

V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.

La Constitución española es la fuente de ordenación de las fuentes del Derecho, la "norma normarum", y en consecuencia -- puede decirse que satisface la función primaria que Kelsen atribuía al texto constitucional, esto es, regular la creación de normas jurídicas generales. Esta perspectiva no es, desde luego, indiferente para los derechos fundamentales, pero si estos hubiesen sido tomados en consideración sólo como un criterio -- de distribución de competencias normativas entre los diversos poderes del Estado (252) o como generalísimas normas programáticas (253), es evidente que no podría hablarse de la Constitución como fuente de las libertades, sino como norma reguladora de las funciones del órgano del Estado que se erige en fuente de esas libertades. Pero circunscribir los fines de la Constitución a la simple ordenación de competencias supone un visión bastante pobre del fenómeno constitucional que en modo alguno podemos aceptar a la vista de las reflexiones contenidas en -- las páginas anteriores. La Constitución es también una fuente del Derecho, que contiene obligaciones, mandatos al legislador,

252) Piensese, por ejemplo, en las consecuencias que hubiese -- tenido la constitucionalización de los derechos fundamentales en un solo precepto del siguiente tenor: "la ley regulará la libertad de expresión, de reunión, de prensa, -- de asociación..."

253) Que las normas materiales de una Constitución tengan simple valor programático no supone que carezcan de fuerza -- jurídica; lo que sucede es que la intervención del legislador representa una mediación necesaria para que el principio enunciado pueda hacerse valer ante los Tribunales, en forma de derecho subjetivo.

principios generales, etc. (254). En este aspecto, las normas que declaran derechos fundamentales, al margen de que atribuyan competencias a los diversos órganos del Estado, singularmente al legislador, representan ante todo y en primer lugar fuentes del Derecho, es decir, son directamente aplicables y tienen eficacia inmediata y frente a todos.

Por fortuna, el valor y la fuerza jurídica de los derechos fundamentales no plantea en nuestro ordenamiento jurídico los problemas que suscitó en Francia su compleja evolución constitucional (255), pues, con la reserva de lo que establece la propia ley fundamental, es evidente que todos los derechos y libertades gozan del valor propio que corresponde a su fuente de reconocimiento, es decir, a la Constitución. Ello no nos exime de comprobar si efectivamente los derechos fundamentales constituyen verdaderas obligaciones, pues ya hemos apuntado que su simple enunciación no puede considerarse suficiente si no se acompaña de determinadas garantías frente a los órganos del Estado y, en general, frente a todos los ciudadanos.

Ahora bien, según hemos indicado anteriormente, la caracterización de los derechos fundamentales como obligaciones --

254) Para una clasificación de las normas materiales en la Constitución, vid. Rubio Llorente, op. cit., p. 62 y s.

255) Vid. sobre esto en castellano, Peces-Barba, "La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo constitucional" Boletín informativo de Ciencia política, núm. 9, Madrid, abril, 1972 y en Libertad, Poder, Socialismo, cit., p. 101 y s.
La propia evolución de las libertades públicas en Francia son una muestra del constitucionalismo conservador del XIX, que eludió cuidadosamente las consecuencias que derivaban del principio de la soberanía popular que, por otra parte, nunca aceptaron.

del Estado requiere que la fuente que los reconoce sea jerar -
quicamente superior a todas las normas del ordenamiento jurí -
dico o, lo que es lo mismo, que la Constitución se imponga a -
todos los poderes del Estado. Naturalmente, ello depende en --
la práctica de la eficacia que ofrezcan los procedimientos de
defensa constitucional, en especial de los recursos jurisdic -
cionales y de las garantías exigidas para la reforma. Pero, en
cualquier caso, también interesa contemplar las propias decla -
raciones constitucionales en las que se proclama el principio
de primacía constitucional y en las que se pone de relieve la
vocación del propio texto como fuente del Derecho.

En primer lugar, ¿por qué obliga la Constitución?. ¿cuál -
es el fundamento de su obediencia?. La respuesta la hallamos -
en el apartado 2º del artículo 1º: "La soberanía nacional re -
side en el pueblo español, del que emanan los poderes del Es -
tado". No es necesario destacar la importancia del precepto --
(256), pero sí conviene llamar la atención acerca de la cuali-
dad legitimadora del pueblo en cuanto que titular de la sobe -
ranía nacional; en él reside el poder constituyente, pues és -
te se configura como atributo de la soberanía; y de él emanan
los poderes del Estado, lo que supone que todos ellos se some-
ten a la Constitución, precisamente porque ésta expresa la ge -
nuina voluntad del pueblo en el ejercicio de la soberanía na -
cional (257). Así pues, ni el Estado encarna la soberanía na -

256) Recordemos que en las Leyes fundamentales del franquismo
no se resolvía el problema de la titularidad de la sobe -
ranía y éste era uno de los motivos que impedían hablar -
de Constitución en sentido riguroso.

257) Por ello, juzgamos más satisfactorio el art. 1,2 de la --
Constitución española que el art. 1,2 de la italiana, se-

cional, ni el poder constituyente es un poder del Estado, si no anterior y de naturaleza distinta; tampoco el pueblo es un órgano del Estado, ya que precisamente todos los poderes instituidos emanan del pueblo, lo que es tanto como decir -- que justifican su existencia, se legitiman.

Lógica consecuencia de esta fundamentación es el artículo 9,1, que traduce al lenguaje jurídico el principio de la primacía constitucional: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Ante todo, llama la atención la referencia a los ciudadanos, pues supone en cierto modo que la propia Constitución tiene conciencia de su cualidad de fuente del Derecho o, mejor dicho, su voluntad de presentarse como tal; ya que si únicamente pretendiese regular la creación de normas jurídicas generales, distribuyendo competencias y organizando los diversos órganos del Estado, creemos que la alusión a los ciudadanos sería completamente ociosa, en cuanto que -- ellos no constituyen ningún poder instituido. Si la Constitución vincula con igual fuerza a ciudadanos y poderes públicos, y no sólo al órgano legislativo, es porque reconoce su vocación de fuente del Derecho. En segundo lugar, destaca la vinculación entre Constitución y ordenamiento jurídico, que en la redacción aprobada inicialmente por el Congreso de los Diputados quedaba algo oscurecida. El texto resulta satisfac

gún el cual la soberanía pertenece al pueblo, que la -- ejerce en la forma y en los límites de la Constitución lo que parece sugerir que la Constitución se sitúa por encima del pueblo y, por tanto, de la soberanía. Vid. Esposito, "Commento all'art. 1º della Costituzione italiana", Padova, Cedam, 1954.

torio pues, de un lado, expresa sin lugar a dudas que la Congtitución forma parte del ordenamiento, lo que por otra parte nadie había pretendido negar (258); y, sobre todo, pone de -manifiesto que, pase a esta pertenencia, la Constitución reune ciertas cualidades que exigen su específica mención, pues no sólo se configura como la norma superior que culmina la -pirámide jerárquica, sino también como el fundamento de la -validez de todo el orden jurídico (259). En este aspecto, la mención conjunta de la Constitución y "del resto" del ordenamiento jurídico pone de relieve la primacía de aquella, es -decir, la necesidad de cumplir sus mandatos de manera preferente y autónoma y no, como sucede en las Constituciones meramente programáticas, a través de la "interpretación" realizada por el legislador, lo que hace de la labor de este último una mediación necesaria para que los principios obtengan una real eficacia en la sociedad. Como escribe García de Enterría (260), "la Constitución es resistente frente a cual -quier norma u orden contraria a sus mandatos", lo que representa el fundamento mismo de su supremacía.

258) En el informe de la ponencia constitucional se rechazaban algunas enmiendas que proponían la redacción que en definitiva prosperó (... "sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"), aduciendo que era innecesario recalcar la pertenencia de la Constitución al ordenamiento jurídico", vid. Boletín Oficial de las Cortes, núm. 82, 17 de abril de 1978, p. 1526.

259) Un juicio positivo de este precepto puede encontrarse -también en Garrido Falla, "Las fuentes del Derecho en -la Constitución española", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., p. 29-48, en especial 33-34.

260) García de Enterría y R. Tamón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo" I, cit., p. 96.

El principio de jerarquía normativa y el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución es una idea que se repite a lo largo de todo el texto constitucional: en el artículo 53,1, recordado al legislador que el desarrollo de los derechos fundamentales debe ajustarse al contenido esencial de los mismos y que no es otro que el declarado en la Constitución; en el artículo 97, que atribuye al Gobierno la función ejecutiva y la potestad reglamentaria "de acuerdo con la Constitución y las leyes"; en los artículos 103,1, 106,1, 117, etc. Pero en realidad, todas estas proclamaciones que satisfacen los postulados básicos del orden jurídico, carecerían de operatividad si no fuesen acompañadas de una serie de defensas y procedimientos de fiscalización sobre la actividad de los órganos del Estado; en primer lugar, de un sistema eficaz de garantías constitucionales que, como veremos más adelante, no puede atribuirse de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, sino que en cierta medida corresponde a todos los jueces, que deben considerar los preceptos constitucionales a la hora de fallar sobre un caso concreto. Y, en segundo lugar, de la organización de un poder de revisión lo suficientemente riguroso como para impedir que la reforma constitucional quede a merced del propio Estado, que es titular de la obligación

De las dificultades que plantea el poder de revisión nos hemos ocupado con anterioridad y, por otro lado, el análisis de los procedimientos de reforma previstos en la Constitución no es el objeto de nuestra reflexión (261). Lo que ahora inte

261) Vid. sobre el tema, P. de Vega, "La reforma constitucional" en Estudios sobre el Proyecto de Constitución", cit. p. 217-232; M^a V. García-Atance, "Reforma Constitucional"

resa comprobar es hasta que punto podemos seguir manteniendo - en relación con nuestro ordenamiento jurídico que los derechos fundamentales representan obligaciones para todos los órganos del Estado en su conjunto o, lo que es lo mismo, en qué medida la fuente de creación de esos derechos se halla protegida frente a las facultades normativas de los poderes estatales.

De acuerdo con las condiciones que expresábamos en pági -- nas precedentes, debemos constatar que los derechos fundamen -- tales en la Constitución española de 1978 son prácticamente -- intangibles, en particular su núcleo principal recogido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, que, por otra parte, casi agota el catálogo de derechos que pueden considerarse directamente exigibles. Si el grado de rigidez de una materia -- se mide por las dificultades previstas para la reforma no ca -- be la menor duda de que los principios fundamentales de la organización política, las libertades públicas y la forma de go -- bierno se configuran como absolutamente rígidos. Bien es ver -- dad que no tanto como en la Constitución italiana o francesa, que acompañan la definición republicana de una cláusula de intangibilidad (262) o límite textual a la reforma (263), ni co --

en *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, UNED, Madrid, 1978, p. 305-322; M. Contreras, "La reforma constitucional" en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de Zaragoza, Ed. Pórtico, 1979, p. 403-421. Vid. también Alazaga, "Constitución española, comentario sistemático", p. 966 y s; J. Jiménez Campo, -- "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, núm. 7, 1980, p. 81.

262) Vid. artículo 139 de la Constitución italiana y 89 de la francesa.

263) Vid. Cicconetti, "La revisione della costituzione" CEDAM Padua, 1972, p. 218.

mo en la Ley Fundamental de Bonn, que declara "inadmisibile toda modificación... que afecte... a los principios consignados en los artículos 1º a 20" (264), esto es, a los derechos fundamentales. Desde una perspectiva jurídica, los límites a la reforma constitucional no parecen tan inútiles como pudiera pensarse en una primera aproximación política o sociológica; es cierto que el Derecho no puede impedir las transformaciones sociales con vocación o transcendencia jurídica, ni someter a su impero el ejercicio del poder de hecho, que vale lo que vale su fuerza (265), pero esto sigue siendo verdad tanto si la Constitución atribuye una naturaleza intangible a determinados preceptos como si, por el contrario, tolera su revisión total. No sucede lo mismo en el plano jurídico, en el -- que los límites explícitos a la reforma desempeñan una función de cierta importancia, que recientemente nos recordaban en España los profesores Pedro de Vega y Jimenez Campo (266). Cuando menos, sirven para poner de relieve, dentro de un texto que tiene valor constitucional en su conjunto, qué preceptos son materialmente constitucionales, qué decisiones políticas se consideran básicas o esenciales para que el régimen político y social consagrado en la Constitución exista como tal, y cuáles otras, en cambio, se entienden más accesorias o mudables; lo que, sobre todo, ayuda a discernir los supuestos --

264) Artículo 79,3.

265) Como señala Loewenstein, "en absoluto se puede decir que dichos preceptos (de intangibilidad) se hallen inmunizados contra toda revisión... pues en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política", "Teoría de la Constitución", trad. de Gallego Anabitarte de la 2ª edición alemana de 1969, 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 192.

266) P. de Vega, "La reforma constitucional", cit., p. 226 y J. Jimenez, "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", citado.

de reforma que obtienen su legitimidad de la propia Constitución, de aquellos otros que representan una verdadera quiebra del sistema y cuya justificación ha de buscarse fuera del Derecho.

En cualquier caso, y puesto que las cláusulas de intangibilidad son incapaces de cumplir la función que en apariencia habrían de satisfacer primariamente (267), estimamos que el problema se reduce a una cuestión de política jurídica. A partir de un análisis positivo, es indiscutible que la Constitución no sólo puede modificarse, sino que, en la terminología de Schmitt (268), también puede destruirse, por lo que únicamente cabría preguntarse si es conveniente para la defensa -- del texto constitucional la calificación como intangibles de determinados preceptos, que como es lógico serán los más importantes, los que definen la "fórmula política". No debemos olvidar, en este aspecto, que la misma existencia de un procedimiento de reforma representa ante todo un medio de defensa constitucional y expresa la primacía de la forma frente al fondo, es decir, en términos valorativos, de la paz frente a la idea de justicia y de Derecho consagrada en el texto. Se prefiere salvaguardar el orden jurídico mínimo que supone la reforma de la Constitución dentro de la continuidad consti-

267) Kelsen señala que "es jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable", pero no se olvida de apuntar que "la posibilidad real de una reforma está fuera de toda duda", *Teoría General del Estado*, p. 332.

268) *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 115 y s.

tucional sin rupturas, que garantizar, en la medida que jurídicamente se pueden garantizar, los contenidos de justicia incorporados por la Constitución (269). Pero como las cláusulas de intangibilidad y la posibilidad de revisión pretenden cumplir un mismo papel de defensa constitucional, es evidente que no existe una verdadera contradicción de fondo entre ambos sistemas, pudiendo prevalecer uno u otro; y corresponde a la prudencia política del legislador apreciar cuál de los dos resulta más idóneo en cada momento para alcanzar el fin que se propone todo constituyente, esto es, perpetuar su obra el mayor tiempo posible. Sin duda, se trata de una decisión política que dependerá de muy variados factores, como la tradición y experiencia constitucional, el asentamiento de las instituciones, el grado de acuerdo entre las fuerzas políticas, etc. cuyo análisis no parece aquí procedente.

Lo que sí debemos constatar es que nuestro legislador -- constituyente, no sin cierto debate (270), ha optado por uno solo de los medios de defensa constitucional, renunciando, en consecuencia, a la combinación de los dos que hemos señalado: procedimiento de reforma, más o menos riguroso, y cláusula de intangibilidad, también más o menos amplia. La Constitución -- acoge un sistema que pudiéramos calificar de exclusivismo democrático, ya que se resuelve en un respetuoso sometimiento -- al poder constituyente, que según el artículo 168 queda auto-

269) Esta cualidad de los procedimientos de reforma fue puesta de relieve por Schmitt, "La defensa de la Constitución" Boch, Barcelona, 1931; y García Pelayo, "Derecho Constitucional Comparado", 3ª ed. Revista de Occidente, Madrid, 1953, p. 131.

rizado para revisar totalmente la ley fundamental, o sea, en realidad para destruirla en su contenido normativo, pues a -- eso equivale la revisión total. Por ello, bien puede decirse que nuestro legislador tolera el sacrificio del conjunto de -- su obra a cambio de salvaguardar dos valores, sin duda esen -- ciales, como son la paz y la democracia; se consume así la -- primacía de la forma sobre el fondo, de las reglas del juego democrático sobre los principios materiales del Estado del De -- recho, lo que ha sido calificado, no sin cierta razón, de "in -- diferentismo ideológico" y "agnosticismo constitucional"(271). Tal vez la experiencia política de la transición y el proceso que afectó a las Leyes Fundamentales del franquismo no hayan sido ajenos a esta decisión constitucional, pero, en cualquier caso, creemos que pone de relieve la "buena voluntad" del le -- gislador, que para preservar la paz y el Derecho no duda en -- autorizar jurídicamente la inmolación de su propia obra. Bien es verdad que tal actitud parece de una eficacia relativa, -- pues, salvo casos excepcionales, el cambio constitucional cuan -- do es profundo suele verificarse por las vías de hecho (272).

Que la Constitución autorice su revisión total y que ésta se atribuya a un poder instituido como es el de revisión no -- desvirtua en modo alguno la afirmación de que todos los órga -- nos del Estado se hallan sujetos a la Constitución y de que -- los derechos fundamentales representan verdaderas obligacio -- nes para dichos órganos, pues el de revisión es un poder espe

270) Vid. sobre ello, Jiménez Campo, op. cit., p. 85 y s.

271) Jiménez Campo, op. cit., p. 87.

272) Vid. Loewenstein, op. cit., p. 185.

cialísimo que requiere la intervención del pueblo en función constituyente, la cual, a nuestro juicio, tiene la virtud de sanar la contradicción que supondría otorgar al obligado la facultad de modificar la fuente de su propia obligación (273).

De lo que no cabe duda, a nuestro juicio, es de que la --- Constitución autoriza la reforma de los derechos fundamentales, de la misma manera que permite su revisión total. La afirmación no es tan obvia como pudiera parecer tras una lectura del artículo 168, pues, desde diferentes perspectivas, se ha querido ver precisamente en los derechos fundamentales un límite a la reforma constitucional. La base de la argumentación la ofrece el artículo 10,1, precepto de clara evocación iusnaturalista, aunque no por ello intranscendente para la correcta interpretación funcional de los derechos humanos como criterios de legitimación del orden político y justificación del derecho de resistencia. Dice dicho precepto que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Ya al profesor Pedro de Vega, antes de promulgarse la Constitución, llamaba la atención acerca de los derechos inviolables de la persona como uno de los posibles límites implícitos a la reforma constitucional, si bien no concediendo demasiada importancia a una temática que el mismo autor calificaba de bizantina (274). Desde una perspectiva distinta, Herrero de Mi-

273) Vid. en este sentido, Burdeau, "Traité de Science Politique" vol. IV, Paris, 1969, p. 260.

ñón parece llegar a la conclusión de que los derechos fundamen-
tales o, al menos algunos de ellos, representan verdaderas ---
cláusulas de intangibilidad, pues, en su reflexión acerca de -
la inconstitucionalidad de las normas constitucionales (275),
no duda en señalar como ejemplo de inconstitucionalidad sobre-
venida la reforma que restringe el derecho de sufragio violan-
do con ello el principio de igualdad (art. 14) y el derecho de
todos a la participación en la vida pública (art. 23) (276). Fi-
nalmente, Jiménez Campo, no conformándose con la discutible ---
doctrina de los límites implícitos, cree ver en el artículo --
10,1 de la Constitución un verdadero límite textual, aunque no
explícito, a las facultades del poder de revisión, pues, a su
juicio, dicho precepto no sólo se impone a todos los órganos -
del Estado, incluido el de reforma, sino que, además, él mismo
resulta inmodificable, o sea, jurídicamente inatacable (277).

274) P. de Vega, "La reforma constitucional", cit., p. 227.

275) Herrero de Miñón, "En torno a la aplicación de la Consti-
tución" en "La Constitución española y las Fuentes de De-
recho", cit., vol. II, p. 1219-12-51. Digamos, por otra -
parte, que el punto de vista del autor sobre esta cues-
tión, lejos de propiciar una interpretación armónica y co-
herente de la Constitución, conduce a soluciones inacepta-
bles, ya que en honor de media Constitución condena a la
inconstitucionalidad a la otra media. Vid., por ejemplo,
la "interpretación" del art. 129, que propugna el acceso
de los trabajadores a la propiedad de los medios de pro-
ducción; según el autor, se trata de uno de los preceptos
pues al parecer hay otros, que "rayan o incurren abierta-
mente en una inconstitucionalidad calificable de origina-
ria", p. 1230. Los prejuicios ideológicos del autor condi-
cionan más allá del límite razonable la labor de interpre-
tación jurídica, comprometiendo no sólo los resultados --
del proceso de aplicación del Derecho, sino también el --
acuerdo básico que propicia la paz social y que constitu-
ye el fundamento del orden jurídico.

276) Herrero de Miñón, op. cit., p. 1231.

277) Jiménez Campo, op. cit., p. 95 y s.

Este punto de vista, que colisiona frontalmente con la voluntad constitucional expresada de forma clara y precisa en el artículo 168, es en cierto modo fiduciaria de la doctrina alemana e italiana, ésta última con una base textual inequívoca, y, a nuestro juicio, parece inscribirse, aunque con cierto retraso, en esa especie de renacimiento del Derecho natural (278) que siguió a la tragedia de los fascismos. Un renacimiento que obtuvo su plasmación legal y constitucional, pero que la doctrina no debería invocar cuando carece de apoyatura en los textos positivos. Porque, ciertamente, la tesis combatida supondría una interpretación discutible, pero legítima en pura dogmática, si la propia Constitución no hubiese recogido sin concesiones el principio democrático, un principio que es jurídicamente válido incluso en la hipótesis de -- que su aplicación se dirija a la destrucción de la libertad y de la misma participación popular. Aunque irrazonable, el pueblo, en ejercicio de la soberanía, puede enajenar todos sus derechos en un monstruoso Leviatán y, lo que aquí es más importante, puede hacerlo sin ruptura constitucional, dentro del Derecho, sin acudir a la violencia, no existiendo criterio jurídico que admita un reproche a su conducta. Se dirá quizás -- que prever la revisión total de la Constitución, incluida una de sus partes centrales como son las libertades públicas, resulta de una eficacia muy relativa para conservar la legitimidad del orden jurídico, toda vez que las modificaciones profundas suelen verificarse por la vía de hecho. Pero, como in-

278) Vid. Bobbio, "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", citado, p. 19 y s.

dicábamos anteriormente, recogiendo un argumento utilizado en la defensa de los límites explícitos, el peligro de ruptura constitucional no sería menor si la Constitución no autorizase la revisión total; el peligro no sería menor y además contaría con una justificación moral para emplear procedimientos antijurídicos.

¿Cuál es el sentido entonces de los derechos inviolables?, ¿Inviolables para quién?. Nuestra Constitución recoge en el artículo 10,1 una declaración que condensa los criterios de legitimación del orden político y de la paz social en el marco del Estado definido por la Constitución, y que, en líneas generales, es análoga a la que contiene el artículo 2 de la Constitución italiana y el 1,2 de la Ley Fundamental de Bonn (279). Se trata, sin duda, de una fórmula general, más enunciativa que prescriptiva y que en realidad no contiene por sí misma ningún mandato que no se encuentre incorporado en otros artículos constitucionales, de manera singular en el artículo 9,1 y en el 53,1. No creemos, sin embargo, que su redacción,

279) Proclama el art. 2 de la Constitución italiana que "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre..." Por su parte, el art. 1,2 de la Ley Fundamental alemana declara que "El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre...". Vid. sobre el tema en Italia y sobre su evolución en el Derecho alemán, desde Weimar hasta la Ley Fundamental, Morelli, "La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato Moderno, La Legge Fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana", Giuffrè, Milano, 1966, pp. 58 y s. Vid. también Grossi, "Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana", Padua, 1972. Virga, "Diritto Costituzionale", Milano, 1976, p. 294. Para el Derecho Francés, vid. Morange, "Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations de Droit"; Rev. de Droit Public et de la Science Politique, vol.60, p.323 y s.

que tal vez pudiera calificarse de escasamente fiel al lenguaje jurídico, sea un motivo suficiente para considerarle un precepto extravagante, ajeno al Derecho y, en definitiva ineficaz. Por el contrario, como hemos de ver, el lenguaje constitucional, no por amplio y genérico, deja de ser jurídico y, por lo tanto, no puede negarse que el artículo 10,1 constituye un verdadero mandato que vincula a todos los ciudadanos y poderes públicos, sin que, en este aspecto, exista ninguna diferencia sustancial con el resto de los preceptos constitucionales. Ahora bien, reconocida su naturaleza jurídica, no hallamos ningún motivo que permita deducir que cuando el artículo 10,1 dice que los derechos son inviolables queira decir también que su propia existencia deba quedar fuera del dominio del poder de revisión. La Constitución no sólo no contiene una afirmación de esta naturaleza, sino que, por el contrario, consagra un principio diametralmente opuesto en el artículo 168. De aceptar la tesis combatida, ¿cómo explicar la contradicción entre el artículo 10,1 y el 168?. Y, en segundo lugar, ¿cuáles son los derechos inviolables?; tal vez de un análisis global del régimen jurídico de los derechos fundamentales en la Constitución pudiera pensarse que inviolables son sólo los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (280), pero esta conclusión no deja de ser muy discutible, pues dicho análisis nos indica sólo cuales son los dere-

280) Este es el punto de vista de Jiménez Campo, op. cit., p. 97 y s., quien, sin embargo, no expresa los motivos que le llevan a excluir de la nota de inviolabilidad, se supone que sólo frente al poder de revisión, a los derechos no incluidos en la Sec. 1ª del Cap. II del Título I.

chos que han merecido una mayor atención por parte del legislador, de donde no puede deducirse que los demás no sean también inviolables. A nuestro juicio, este argumento es importante porque, cualquiera que sean los derechos inviolables, parece que dicha inviolabilidad debe hacerse valer frente a los mismos sujetos en todo caso. Son inviolables para el poder legislativo, para el Gobierno, etc. Pero si una mínima fidelidad al texto exige no hacer distinciones entre los varios derechos, todos inviolables, cuando se declara su inmunidad frente a los órganos del Estado, no vemos por qué, tratándose del poder de revisión, deba aceptarse la discriminación y suponer que un derecho no incluido en la citada Sección 1ª sea siempre inviolable, excepto en caso de reforma constitucional. Ningún precepto de Derecho positivo autoriza dicha interpretación; y, por lo demás, es evidente que los derechos recogidos fuera de la Sección 1ª no sólo son revisables, sino que además lo son mediante el procedimiento sencillo u ordinario que configura el artículo 167, y, sin embargo, no por ello dejan de ser derechos inviolables en los términos del artículo 10,1.

En definitiva, estimamos que el artículo 10,1 no tiene nada que ver con la temática de la reforma constitucional y que, por otra parte, desde un punto de vista político, tampoco parece imprescindible buscar a lo largo de la normativa constitucional cláusulas de inderogabilidad. El Título X consagra un principio de democracia neutra, en palabras de Morelli (281), que probablemente evoca en los comentaristas los

281) Morelli, "La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno...", cit., p. 92.

recuerdos de Weimar, cuyo trágico final explica también el rigor de la Ley Fundamental de Bonn en materia de revisión constitucional. Pero, reconociendo los legítimos motivos que animan la defensa de las cláusulas de intangibilidad, no puede dejar de observarse que la opción escogida por la Constitución de 1978 es diametralmente opuesta y que además cuenta también con serios argumentos a su favor, pues al ofrecer -- procedimientos jurídicos para la revisión total o, si se prefiere, para su autodestrucción, se priva de toda legitimidad democrática a quienes, desde posiciones antijurídicas o de violencia, censuran el sistema político diseñado por la Constitución. Si en la defensa de las cláusulas de intangibilidad late la preocupación política de que un nuevo führer pueda arrasar las libertades sin abandonar la ortodoxia constitucional, en la generosa regulación de la reforma que se recoge en el Título X cabe percibir una preocupación de no menor entidad, como es la de impedir que la subversión violenta del orden constitucional pueda invocar como título de legitimación la naturaleza inmodificable de la forma de gobierno, del catálogo de los derechos fundamentales, etc., es decir, en definitiva, los límites de la democracia. Y no creemos que la opción escogida por nuestro legislador constituya un sistema de defensa de los derechos fundamentales menos -- eficaz que el alemán, pues si las cláusulas de intangibilidad impiden que la ruptura constitucional sea válida, admitir la revisión total impide que sea justa; evidentemente, lo que el Derecho no puede hacer es impedir que también sea

eficaz.

Ciertamente, y siguiendo en esta perspectiva, la defensa de las cláusulas de intangibilidad supone la idea de que el poder de hecho, que lo es por no haber observado la Constitución, mantendrá indefinidamente esta característica, siendo así que el poder de hecho es más una idea de la razón que -- una realidad identificable, ya que todo poder que ocupa la máquina del Estado se transforma en jurídico; cesa un orden jurídico, pero inmediatamente se inicia otro; lo que quiere decir que la pretendida naturaleza fáctica no podrá servir -- de criterio para negar la legitimidad del nuevo orden o, al menos, la legitimidad material, que es precisamente la que -- tratan de preservar las cláusulas de intangibilidad, entre -- otras razones, porque los fundamentos de la Justicia del Derecho deben buscarse fuera del propio Derecho, es decir, fuera de su validez. Comprobar que una reforma constitucional -- es inválida por oponerse a los límites textuales o explícitos -- previstos en la Constitución no es en verdad el mejor modo de proteger los derechos fundamentales, pues, en el plano general en el que ahora nos movemos, la validez se confunde con la eficacia y, por lo tanto, el nuevo orden, si tiene -- fuerza para imponerse, será válido. En definitiva, el problema se reconduce a un planteamiento político sobre el poder; éste es quien sostiene la eficacia del Derecho y, a nivel general del ordenamiento, también su validez. Cuando un poder de hecho ocupa la máquina del Estado automáticamente se juridifica y, aunque pueda censurarse en un juicio de legitimidad la ruptura con el antiguo orden, si es capaz de imponer

sus decisiones, creará un nuevo Derecho que será válido en la medida en que sea eficaz. Por ello, parece que cuando se de - fienden los límites implícitos a la reforma lo que se supone en el fondo es que la legitimidad forma parte del viejo orden, de la antigua validez y que, destruída ésta, el nuevo poder - será irremediabilmente ilegítimo. Sin embargo, lo cierto es - que en el mundo moderno, la legitimidad aparece principalmen - te como legitimidad formal o democrática, lo que supone que - cuandó "las reglas del juego" no hacen posible la incorpora - ción al ordenamiento jurídico de nuevos principios de justi - cia material, se pierde la posibilidad de reprochar, en un -- juicio de legitimidad, las conductas contrarias al orden esta - blecido. Cuando la Constitución no institucionaliza la resis - tencia, la legítima.

Así pues, no cabe la menor duda de que los derechos funda - mentales son revisables, lo que supone, como es obvio, tanto que la Constitución autoriza la incorporación de nuevas liber - tades o derechos, como su modificación o su exclusión del or - denamiento jurídico. Sin embargo, las evidentes diferencias - de régimen jurídico que, dentro del catálogo de derechos, for - mula el nuevo texto constitucional en materia de fuentes y ga - rantías se manifiesta también en el tema que nos ocupa, pues, a tenor de lo establecido en el Título X, los derechos compran - didos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I únicamen - te pueden ser reformados mediante el procedimiento especial o riguroso que prevé el artículo 168, mientras que para los de - más resultan suficientes los trámites de la reforma ordinaria

que dispone el artículo 167. La discriminación es coherente - con la establecida en el artículo 161, 1.b), relativo al re - curso de amparo, si bien destaca la omisión que el artículo - 168 hace de la igualdad ante la ley, que encabeza el Capítulo II del Título I, pero que, sin embargo, no se integra en su - Sección 1ª. Ello quiere decir que todos los derechos suscepti - bles de protección mediante recurso de amparo sólo serán re - formables por la vía especial del artículo 168, a excepción - de la igualdad, que no goza de esta última garantía. Creemos que se trata de una lamentable omisión del legislador, pues - la igualdad, ya la consideramos como un derecho o como una -- condición del ejercicio de los derechos, forma parte de uno - de los "grandes capítulos esenciales" a que aludía la enmien - da de UCD (282) que propuso el sistema de reforma hoy recogido en el Título X.

De la lectura del artículo 168 se deduce que los principios fundamentales de la organización política (Título Preliminar), una parte sustancia de las libertades y derechos (Sección 1ª del Capítulo II del Título I) y la forma de Gobierno se configuran, desde el punto de vista de la reforma constitu cional, como materias absolutamente rígidas; hasta el punto - de que se ha escrito, en tono crítico, que "el mecanismo es - tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que, no funcionará jamás" (283). Al margen de vati

282) Vid. Diario de Sesiones del Congreso, Asuntos Constitu - cionales y Libertades públicas, núm. 93, 20 de junio de 1978, p. 3470.

283) "Constitución española", Edición comentada a cargo de G. Trujillo, Sánchez Agesta, Lucas Verdú y Pedro de Vega, C.E.C., Madrid, 1979, Comentario del prof. P. de Vega al art. 168, p. 365.

cinios, siempre aventurados, creemos que el procedimiento comentado se justifica por la importancia de las materias a que se refiere, cuya revisión debe exigir la comprobación indubitada de la voluntad constituyente, lo que sin duda requiere mecanismos complejos y altos costes políticos, tan altos como trascendente es la decisión de modificar los fundamentos del Estado. Ciertamente, el sistema propuesto por el artículo 168 plantea el problema de que la simple reforma de uno de los preceptos del Título II, que puede tener por objeto cuestiones de secundaria importancia como tutorías o matrimonios reales (284), exigiría poner en marcha la complicada maquinaria del artículo 168, pero este es el precio que ha de pagarse a cambio de la no inclusión de las cláusulas de intangibilidad, pues, en efecto, la prohibición de revisar la forma de gobierno no impide modificar la regulación de la Corona, pero, no lo olvidemos, hace jurídicamente imposible la sustitución de la monarquía por la república, con las consecuencias que veíamos en páginas anteriores. Con todo, estimamos que lo verdaderamente destacado no es la exigencia de un quorum más o menos reforzado ni, en general, la complicación de los trámites parlamentarios. A nuestro juicio, el elemento que da un carácter singular al procedimiento de reforma del Título X es la continuada invocación de la voluntad popular, que resulta coherente con el principio, contenido en el artículo 1,2, de que la soberanía nacional reside en el pueblo español. En este aspecto, puede afirmarse que el texto -

284) P. de Vega, op. cit., en nota anterior, p. 367.

fundamental es consciente de que la reforma de ciertos preceptos supone un acto decisivo de soberanía que debe quedar re-servado al titular del poder constituyente.

Por ello, llama la atención que el Título X mantenga la misma desconfianza hacia el procedimiento de iniciativa popular que puede apreciarse en otros varios capítulos constitu-cionales (285); si bien en este caso parece que las consecuen-cias son paradójicamente menos importantes, pues, en efecto, en un sistema de democracia representativa en la que "los par-tidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son ins-trumento fundamental para la participación política" (artículo 6), el procedimiento de iniciativa popular debe servir de cauce principalmente a las opiniones disidentes y minorita-rias que, por serlo, no pueden aspirar al cambio constitucio-nal; o dicho de otra manera, cuando la voluntad de reforma -- sea suficientemente significativa en la opinión pública, no -- cabe duda de que gozará de representación parlamentaria (286).

285) Vid. también una opinión crítica de P. de Vega, "La re-forma constitucional", cit., p. 222-223 y Contreras "La reforma de la Constitución" en Estudios sobre la Consti-tución española de 1978, cit., p. 409. Se opusieron tam- bién a la exclusión de la iniciativa popular en materia de reforma los grupos parlamentarios de Alianza Popular, en el Congreso, y de Progresistas y Socialistas Indepen- dientes, en el Senado. Vid. Diario de Sesiones del Con- greso, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 93, 20-Junio de 1978, p. 3463-3465; Dia- rio de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución, núm. 52, 8 de septiembre de 1978, p. 2514.

286) Por eso nos parece mucho más rechazable la exigencia de 500.000 firmas acreditadas o la exclusión de la iniciati-va popular en materia tributaria, internacional o de la ley orgánica, lo que convierte a este procedimiento en -- un "derecho simbólico".

Así pues, la iniciativa de reforma pertenece a los órganos - del Estado que ejercen de ordinario la iniciativa legislativa: el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y - las Asambleas de las Comunidades Autónomas (Artículos 166 y 87) (287).

Tratándose de la reforma a que se refiere el artículo -- 168, al poder legislativo ordinario sólo le cabe pronunciarse sobre la necesidad o conveniencia de la modificación, y - en el supuesto de que lo haga afirmativamente por una mayo - ría de dos tercios de cada Cámara, las Cortes serán disuel - tas, convocándose, por lo tanto, nuevas elecciones que serán de naturaleza constituyente (288), ya que el nuevo Parlamen - to tendrá como primera misión ratificar la decisión adoptada por su predecesor, estudiar el nuevo texto constitucional y, en su caso, aprobarlo, también por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Finalmente, la reforma será sometida a refe - rendum que en este caso tiene carácter preceptivo (289).

El procedimiento de reforma establecido en el artículo - 168 plantea algunas dificultades de interpretación (290), pe

287) Que se reconozca iniciativa a las Asambleas de las Comuni - dades Autónomas en esta materia ha sido criticado tam - bien por la doctrina. Así, P. de Vega, comentario al -- art. 166, cit., p. 361.

288) En cierto modo, estas elecciones son una especie de primer referendium, ya que lógicamente la posición de los - diferentes partidos o coaliciones sobre el problema de - batido en la reforma constituirá el núcleo de la campa - ña electoral y cabe presumir que también de la decisión de los votantes.

289) No sucede así con el procedimiento de reforma que pudie - ramos llamar ordinario. Artículo 167,3.

290) Así, por ejemplo, qué debe entenderse por revisión total de la Constitución, si la aprobación de la reforma debe efectuarse por mayoría de dos tercios de cada Cámara o -

ro, en cualquier caso, no ofrece la menor duda acerca de la rigidez constitucional de los derechos fundamentales. La declaración de los mismos pertenece de manera exclusiva al poder constituyente, al pueblo, por lo que el cumplimiento de las obligaciones que de ellos derivan no queda en ningún caso al arbitrio de los órganos del Estado.

Otra cosa sucede con los derechos fundamentales no recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, cuya reforma sigue los trámites ordinarios del artículo 167, entre los cuales no se encuentran ni la formación de unas Cortes Constituyentes especialmente elegidas a tal fin, ni tampoco el referendum preceptivo (291). En síntesis, el procedimiento se limita a la exigencia de un quorum reforzado, ya que el proyecto de reforma deberá contar con el voto favorable de los tres quintos de miembros de cada una de las Cámaras; si no hubiese acuerdo entre ambas, señala el artículo 167, núm. 1º, se formará una Comisión mixta que presentará un nuevo texto, que deberá aprobarse por el Congreso y el Senado. De no lograrse -- tampoco la aprobación, la reforma entrará en vigor si el Congreso la vota favorablemente por una mayoría de dos tercios y siempre que el Senado la hubiera aprobado por mayoría absoluta. Por último, el referendum sólo será preciso cuando lo so-

de ambas reunidas conjuntamente, como parece dar a entender la redacción del artículo 168,2, etc.

- 291) Inicialmente, en el Proyecto de Constitución, el referendum era en todo caso obligatorio, pero una enmienda del Grupo Socialista, que fue aceptada por la Comisión constitucional, suprimió este requisito, cuya procedencia se hace depender de que así lo soliciten una décima parte -- de diputados o senadores. Vid. Diario de Sesiones del -- Congreso, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 93, 20 de junio de 1978, p. 3468.

liciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Desde nuestro punto de vista, y teniendo en cuenta el sistema electoral vigente no rigurosamente proporcional, el procedimiento de reforma ordinario previsto en el artículo 167 resulta quizás más flexible de lo que hubiera sido deseable (292). Una vez más se manifiesta la naturaleza predominantemente representativa que nuestra Constitución atribuye a la democracia, con la particularidad en esta ocasión de que casi bastaría el acuerdo de los dos partidos mayoritarios para aprobar la reforma constitucional (293). Bien es verdad que este monopolio se halla parcialmente corregido por la posibilidad que se ofrece a las minorías de forzar la convocatoria de un referendium constitucional, lo que supone que su opinión deberá ser tomada en consideración en los debates parlamentarios. En este aspecto, estimamos que la solicitud a que se refiere el artículo 167 es de naturaleza individual o, lo que es lo mismo, que basta la suma de treinta o cuarenta peticiones (294) para que proceda la convocatoria de referendium. Quiere ello decir que no debe

- 292) Una opinión contraria en P. de Vega, quien estima que el sistema es equilibrado. "Constitución española", cit., p. 363.
- 293) Cuando escribimos estas líneas, en el mandato de las primeras Cortes constituidas al amparo de la nueva Constitución, los grupos parlamentarios de Unión de Centro Democrático y del Partido Socialista Obrero Español suman 284 diputados.
- 294) Nos referimos a peticiones presentadas por diputados, ya que, según el artículo 68, 1º de la Constitución, el Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados. En la actualidad son 350. En cuanto al Senado, el número de sus miembros es variable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69.

reputarse necesaria la presentación formal de un solo escrito firmado unitariamente por una décima parte de diputados o senadores, pues tal interpretación obligaría a las minorías, -- presumiblemente de signo político opuesto, a llegar a un acuerdo con tal finalidad.

En resumen, las garantías que nuestra Constitución ofrece a los derechos fundamentales frente al poder de revisión creemos que en líneas generales resultan satisfactorias. Ninguno de los poderes del Estado se halla legitimado para proceder a la reforma constitucional, pues aunque así parezca en el artículo 167, el amplio consenso exigido supone un reforzamiento tal de la representatividad de la decisión adoptada por las - Cámaras que en el fondo éstas se transforman en un poder distinto y especialísimo de naturaleza constituyente, siendo lícito presumir que la reforma expresa de manera genuina la voluntad popular. Por otra parte, cuando se trata de las materias referidas en el artículo 168 o cuando lo solicite una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras, la - decisión se difiere al cuerpo electoral, cuya intervención -- tiene la virtud de sanar la contradicción de que sea uno de - los órganos del Estado, bien es cierto que el más representativo, quien haya de elaborar el proyecto de reforma constitucional, es decir, de la norma que es fuente de sus obligaciones y de su propia existencia.

Ahora bien, la caracterización de los derechos fundamentales como límites al poder, como verdaderas obligaciones del - Estado, no requiere únicamente un sistema de garantías consti

tucionales, un legislador negativo en palabras de Kelsen (295), que expulse del ordenamiento jurídico toda norma que infrinja la Constitución, así como una protección del texto fundamental frente a la hipotética voluntad reformadora de los órganos estatales. Tal caracterización exige además que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia en la sociedad civil. En realidad, la directa aplicación de los preceptos constitucionales es una consecuencia lógica de la inclusión de las llamadas normas materiales, entre las cuales destacan, sin duda, aquellas que recogen los derechos fundamentales; pero, sobre todo, es el resultado de un largo proceso de evolución que tiende a superar el constitucionalismo -- del siglo XIX, que concebía la Constitución como la norma reguladora de la vida "interna" del Estado, como la condición necesaria de la unidad del ordenamiento jurídico, pero no como una fuente de derechos en sentido propio.

Según veíamos anteriormente, el fundamento del carácter normativo de la Constitución como fuente del Derecho, y no sólo como fuente de las fuentes, se halla en el artículo 9,1, -- pero esta declaración genérica tal vez sería escasamente eficaz si no viniese ratificada a lo largo de toda la Constitución; así, en el artículo 53, 103, 1º, 163, disposición derogatoria, etc. En realidad, como señala García de Enterría, --

295) Vid. *Théorie pure du Droit*, cit., p. 139 y 360 y s.

(296), la cuestión que nos ocupa no constituye hoy un problema debatido, pues parece unánime la opinión de que las normas constitucionales, a reserva de lo que ellas mismas establezcan, forman parte del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se imponen a todos los sujetos privados y órganos del Estado, desde el legislativo hasta el judicial; y esta afirmación adquiere especial interés en una materia como los derechos humanos, en la que la Constitución ha supuesto una verdadera ruptura material con el orden jurídico precedente.

Según creemos, corresponde el mérito de haberlo reconocido por vez primera al Tribunal Económico-Administrativo Central, quien en una Circular de 12 de diciembre de 1978 (297), es decir, antes de publicada la Constitución, ordenaba la -- puesta en libertad de los sancionados con prisión subsidiaria como consecuencia del impago de multas impuestas por los Tribunales de Contrabando al amparo de la Ley de 15 de julio de 1964. Con ello, se reconocía el carácter derogatorio del precepto contenido en el artículo 24,3º de la Constitución (298) así como su eficacia retroactiva, por tratarse de una disposición favorable (artículo 9,3) (299).

Que el Tribunal Constitucional no monopoliza la interpretación y aplicación de la Constitución es algo que se deduce,

296) García de Enterría y T.R. Fernández, "Curso de Derecho - Administrativo", I, cit., p. 104.

297) Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda de 25 de enero de 1979.

298) Dice el precepto que "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

299) Vid. sobre este tema nuestro trabajo "Dos años de juris - prudencia con relevancia constitucional del Tribunal Supremo", que aparece en el núm. 1º de la Revista Española de Derecho Constitucional, en preparación cuando escribimos estas líneas.

en primer lugar, de su objeto en el recurso de inconstitucionalidad, que se limita al enjuiciamiento de normas con valor de ley (art. 161,1ª) lo que necesariamente deja en manos de los Tribunales ordinarios el juicio sobre normas de rango inferior, desde los reglamentos hasta los contratos. Y, en segundo lugar, el propio artículo 163, que abre el proceso de inconstitucionalidad en vía incidental equivale a reconocer que los jueces ordinarios gozan de una facultad de interpretación inicial de los preceptos constitucionales (300).

Con no menor claridad que el Tribunal Económico-Administrativo Central, la Fiscalía General del Estado venía a reconocer, en Circular de 30 de diciembre de 1978, la naturaleza de la Constitución como norma jurídica o fuente del Derecho directamente aplicable (301), en relación primeramente con los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo II del Título I, pues "todos ellos constituyen el catálogo de vigencias, cuya tutela, protección y defensa atañe al Ministerio Fiscal, no como concepción abstracta, sino de manera precisa, como misión dinámica fundamental para el mantenimiento del orden jurídico..." (302). Y esta es una protección que no se hace depender en principio de ningún desarrollo legislativo, -- pues ante la violación de las normas reguladoras de tales derechos, corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de las

300) Vid. García de Enterría y T.R. Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", I, cit., p. 97-99.

301) Circular de la Fiscalía General del Estado número 7/1978 sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid. 1979.

302) Circular de la Fiscalía General, cit., p. 1.

acciones penales procedentes, sin perjuicio de que la ley que desarrolle los artículos 53 y 162 del texto constitucional -- pueda abrir nuevas vías de recurso. Una tesis análoga se sostiene por el Fiscal General en relación con la protección penal de la Corona (303), al afirmarse que la libertad de expresión consignada en el artículo 20, 1.a) de la Constitución, -- que hace posible el ejercicio del derecho subjetivo sin que -- la mediación del legislador sea imprescindible, debe interpretarse de acuerdo con las limitaciones que para esa misma libertad previene el punto 4 del citado precepto, "entre las -- que cobran primacía, como Ley de Leyes, las declaraciones y -- principios de la propia Constitución"(304). En este aspecto, expresamente se afirma que, cualquiera que sea la demora en la publicación de un nuevo Código penal ajustado a la preceptiva constitucional, "no cabe aceptar que, entre tanto, pueda quedar desprovista de protección penal la forma de Gobierno, la Corona y las personas e Instituciones que constitucionalmente la integran" (305).

La Circular de la Fiscalía General, que ha orientado en 1979 y 1980 la ejecutoria de este importante cuerpo del Estado, no formula propiamente ninguna clase de distinción entre las diversas normas constitucionales que atiende a la eficacia de cada una de ellas. Se estima, con buen criterio, que -- todos los preceptos ostentan el mismo valor, si bien, como es comprensible desde una perspectiva penal que quiera ser respe

303) Circular de la Fiscalía General del Estado, cit. p.2 y 3.

304) Circular, cit.; p. 3.

305) Circular, cit., p. 2.

tiosa con el principio de legalidad, los consejos no se dirigen únicamente a los Fiscales, sino también al legislador, ya que se llama la atención acerca de la escasa o nula tutela penal, que no de otra naturaleza, de algunos derechos reconocidos en la Constitución (306). Pero es importante señalar que de esta constatación no se deriva ningún resultado evaluatorio para las normas constitucionales, sino en todo caso, para los derechos en ellas recogidos. El sentido de los preceptos debe tomarse siempre en consideración si se quiere lograr una interpretación unitaria y coherente del ordenamiento, sin perjuicio de que el legislador deba proveer de los medios idóneos de protección penal, y así "en tanto se cuente con las adecuadas medidas sancionadoras, esta Fiscalía recomienda muy especialmente de una interpretación rigurosa de los preceptos penales relacionados con las declaraciones de los artículos 45 y 46 de la Constitución" (307), que la propia Circular considera escasamente garantizados. Como luego veremos, la distinción entre normas y derechos, que se halla implícita en estas consideraciones de la Fiscalía General, resulta de gran importancia a fin de delimitar con rigor la -- eficacia de los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo II y de los principios de la política social y económica del Capítulo III, del Título I.

Si la Constitución en su conjunto ha representado una ruptura ideológica con los principios inspiradores del ordenamiento jurídico anterior, motivo por el cual el problema de

306) Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado, cit. p. 5

307) Circular, cit., p. 6.

su eficacia derogatoria adquiere tan notable relieve, alguno de sus preceptos supone un giro de tal entidad que hubiese repugnado a la conciencia jurídica la aplicación de la legislación precedente. Así sucede, en líneas generales, con todos o la mayor parte de los derechos humanos recogidos en el Título I, no sólo con aquellos que tienen una transcendencia política inmediata como pudieran ser las libertades de asociación, reunión, etc., sino incluso con aquellos otros cuyo ejercicio se resuelve en el ámbito civil. En este aspecto, la rotunda secularización de nuestro Derecho que propicia la ley fundamental, singularmente en sus artículos 14 y 16, que proclaman la igualdad de todos los españoles sin discriminación por motivos religiosos y la no confesionalidad del Estado, había de gozar lógicamente de la eficacia inmediata que deriva del artículo 9,1 y 53, así como de la disposición derogatoria, sobre todo en aquellos sectores del ordenamiento que, por su incidencia en el ámbito de la conciencia individual, parecen más sensibles a este tipo de modificaciones. En estos motivos se funda precisamente la importante Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre matrimonio civil (308), en cuya virtud se acuerda excluir de los expedientes matrimoniales la llamada acreditación de heterodoxia, lo que implica reconocer que la entrada en vigor de la Constitución ha modificado los artículos 42 y 86 del Código civil, así como las disposiciones concordantes del Reglamento del Registro Civil.

El principio de secularización del Derecho del Estado obtiene también eficacia inmediata frente a una doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y de la propia jurisprudencia acerca de la indisolubilidad del matrimonio, - al menos del canónico, y ello a pesar de que, con buen criterio, la Constitución mantiene la cláusula de orden público como límite al ejercicio de la libertad religiosa. Así lo reconoce la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979 (309), relativa a la celebración de matrimonio civil entre española viuda y extranjero divorciado, ambos bautizados en la religión católica, y cuyas anteriores nupcias se habían contraído según el Derecho canónico. En esta ocasión, los postulados que, según el texto constitucional, deben informar el nuevo ordenamiento han servido para propiciar una interpretación nueva de la cláusula de orden público, no obstante su mantenimiento en el artículo 16 - como límite específico a la libertad de conciencia, y de esta forma se ha entendido que la existencia de un matrimonio canónico, válido según el Derecho de la Iglesia, pero disuelto según la ley civil personal del interesado, no constituía obstáculo alguno a la celebración de un segundo matrimonio civil - en España. Y debe señalarse que esta valiosa doctrina se ha formulado aún antes de que la ley española regulase el divorcio, lo que supone que únicamente se tomaron en consideración los preceptos constitucionales, lo que añade un mérito importante, ya que tales preceptos no obligan al legislador de for

ma expresa e indubitada a la regulación del divorcio, sino -
que tal conclusión, aunque razonable, exige una muy atenta -
lectura del artículo 32,2. (310). En realidad, más que la dic -
ción literal del artículo 32,2, la resolución comentada se -
fundamenta en los nuevos principios que, según la Constitu -
ción, deben orientar la conducta del Estado en relación con -
el fenómeno religioso y, en general, ante el ejercicio de los
derechos fundamentales, lo que supone una consideración glo -
bal y unitaria del texto constitucional, pues ninguno de sus
preceptos ofrece una noción expresa y definida de la cláusula
de orden público.

Esta doctrina ha sido recogida también por los Tribunales
y, en concreto por el Tribunal Supremo que en numerosos fa -
llos no ha dudado en hacer expresa invocación de los mandatos

310) Dice dicho precepto que "la ley regulará las formas de -
matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los de -
rechos y deberes de los cónyuges, las causas de separa -
ción y disolución y sus efectos". En un trabajo anterior
sosteníamos que la utilización del plural ("causas de se -
paración y disolución") suponía para el legislador un --
mandato de regular el divorcio y este es precisamente el
argumento esgrimido en el dictamen del Ministerio Fiscal
referido en la resolución comentada, cuando afirma que -
el empleo del plural parece deducir "la posibilidad de -
que, al ser desarrollado este principio constitucional -
por la Ley correspondiente se establezca como causa de -
disolución del matrimonio alguna otra además de la muer -
te de uno de los cónyuges que, en buena lógica, no po --
dría ser otra que el divorcio vincular". Vid. sobre es -
to, Iban, I.C., "El matrimonio en la Constitución", Re -
vista de Derecho Privado, 1980, pp. 137 y ss., en espe -
cial, p. 140 y s.; Navarro Vallés, R., "El sistema matri -
monial español y la Constitución de 1978" en "El hecho -
religioso en la nueva Constitución española". XVI Semana
Española de Derecho Canónico, Salamanca, 1979, pp. 135 -
162, en especial, p. 154 - 5. Vid. también mi trabajo --
"Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Cons -
titución, Problemas Fundamentales" en "La Constitución -
española de 1978", cit., p. 307 y s.

constitucionales, bien con el fin de interpretar a la luz de los nuevos principios el sentido de la normativa precedente, bien como mandatos directamente aplicables y derogatorios de la legislación anterior en cuanto sea de contenido contrario. En este sentido, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1979 es una de las primeras que hacen expresa aplicación de la normativa constitucional y probablemente también una de las más importantes, ya que no tiene por objeto un problema estrictamente político, sino más bien de naturaleza jurídico formal, como es el de los límites a la legislación delegada del Gobierno, concretamente en este caso a un texto refundido. Bien es cierto que el fallo no hace más que adherirse a una tesis jurisprudencial progresista que, al amparo de una interpretación correcta del artículo 11 de la Ley General Tributaria, viene declarando la competencia del contencioso-administrativo en el enjuiciamiento de la legislación delegada (311), pero en esta ocasión el Tribunal dice -- contar además "con el respaldo de la Constitución española, sancionada el 27 de diciembre de 1978, cuyos artículos 82 y 85 regulan con el mismo criterio la delegación por las Cortes en el Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de ley, denominadas Decretos-Legislativos, y sin perjuicio de -- que las leyes de delegación puedan establecer en cada caso -- fórmulas adicionales de control, asientan la competencia pro-

311) Vid. sobre la cuestión, García de Enterría, "legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial", en especial cap. primero. Ed. Tecnos, Madrid, 1970; Martín Oviedo, "Significado y valor de los textos refundidos", en la Revista de Derecho Financiero, núm. 79, pp. 77 y s.

pia de los Tribunales como sistema básico de tal control"(312)

No cabe duda de que en la sentencia comentada la Constitución confirma un criterio jurisprudencial que tiene apoyo en la legislación precedente y, en consecuencia, parece difícil predecir cuál hubiese sido el fallo si el artículo 11 de la Ley General Tributaria no hubiera conferido carácter de meras disposiciones administrativas a esos textos en cuanto exceden de los límites de la autorización o delegación, pero, en todo caso, es evidente la importancia de esta sentencia que invoca la Constitución en un tema de invalidez formal, es decir, respecto de una norma que en principio no se opone a los criterios materiales recogidos en la Constitución, sino a las reglas que ella misma fija para la producción normativa. No creemos, sin embargo, que de este fallo pueda derivarse una doctrina general sobre el problema de las normas formalmente inconstitucionales. Como señala Rubio Llorente, la Constitución en esta materia sólo opera "ex munc" y "no deroga en absoluto las normas producidas validamente según el modo de producción anterior" (313), de donde cabe deducir que si los textos refundidos dictados en su día no se ajustan a los límites señalados en el artículo 82 de la Constitución no por ello serán impugnables en su validez, ya que dichos requisitos únicamente son aplicables a las normas posteriores (314). En realidad,

312) Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1979, Rep. Aranzadi, núm. 45. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Sainz Arenas.

313) Rubio Llorente, op. cit., p. 57.

314) Es más, por lo que se refiere a las normas posteriores a la Constitución, parece discutible que los Tribunales ordinarios sean competentes para juzgar la legitimidad formal de una norma con rango de ley, concretamente de un Decreto-Legislativo. Sin duda, la doctrina y la jurispru-

esta solución viene también exigida por las necesidades de la práctica, pues de lo contrario, si hubiésemos de considerar -- derogadas todas las normas que no se ajustan a las reglas -- constitucionales de producción normativa, se provocaría un -- verdadero caos en el ordenamiento jurídico. Por ello, creemos que la sentencia comentada, más que aplicar la Constitución -- para negar el carácter de ley a un texto refundido que no res-- peta las normas originales, lo que consigue invocando el artí-- culo 11 de la Ley General Tributaria, lo que hace es buscar -- apoyo en el número 6º del artículo 82 para justificar el cono-- cimiento por parte de la jurisdicción ordinaria de un texto -- que en principio tiene rango de ley.

Esta interpretación viene confirmada, además por la doc -- trina jurisprudencial del año 1979, que únicamente hace apli-- cación del texto constitucional cuando sus normas materiales resultan contradictorias con la legislación precedente, pero no cuando ésta debería considerarse inválida a la luz del sis-- tema de fuentes previsto en la Constitución (315). Es más tra

dencia creadas a partir del artículo 11 de la Ley Gene -- ral Tributaria deben calificarse de progresista, en cuan-- to que permitían el enjuiciamiento de normas que carecían de otra fiscalización eficaz. Pero este punto de vista -- no deja hoy de ser contradictorio con el sistema kelsa -- niano, recogido por la Constitución, de atribuir al Tri-- bunal Constitucional la competencia cuando se trata de -- normas con rango formal de ley, como sucede en el supues-- to comentario. Tal vez sería mas coherente interpretar que la referencia a los Tribunales en el art. 82 alude -- al T.C. y no a los ordinarios.

315) En el fondo esta tesis parece discutible pues, habida -- cuenta que el problema de las fuentes del Derecho no es "menos político" que el de la organización del Estado o el de la forma de gobierno, no se entiende, salvo por las exigencias prácticas aludidas, por qué la disposición de rogatoria debe aplicarse en el supuesto de normas mate--

tándose de una contradicción material o de fondo, el Tribunal Supremo no encuentra ningún inconveniente en aplicar -- principios constitucionales de carácter general, sin necesidad de referirse a otras normas más concretas o reconocedoras de derechos fundamentales, y así la Sentencia de 26 de enero de 1979 (316) declara que las sanciones impuestas por infracción de la Ley de Orden Público "han quedado desprovistas de toda validez y eficacia jurídicas, pues las mismas -- respondieron a unos objetivos y legalidad que son incompatibles con los que constituyen el fundamento de la actual organización jurídico-política del Estado español, dotado de una Constitución que lo configura como un Estado social de Derecho basado en principios democráticos, opuestos y superados de los que sirvieron de justificación legal a dichas sanciones...". El fallo ofrece sin duda una doctrina importante, ya que, al margen del tema debatido, supone una interpretación global y unitaria del texto constitucional, que va más allá de los singulares mandatos recogidos en el articulado, invocando como "fundamento de la decisión nada menos que los objetivos que constituyen el "telos" o finalidad del nuevo Estado, es decir, examinando aquellos postulados que princi-

riales y no en el de las reglas formales. Por ejemplo, en la hipótesis de que una Orden Ministerial regulase el derecho de asociación, no parece que su inconstitucionalidad debiese ser menor que la de cualquier otra norma que reglamentase una determinada materia según -- criterios opuestos a los señalados en el texto constitucional.

316) Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1979. Ponente, Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz -- Emil, núm. 61 del Repertorio Aranzadi.

palmente se dirigen a orientar al propio legislador.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial acerca del valor normativo de la Constitución puede decirse que tiene su origen en dos sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979, luego confirmadas por el Tribunal Supremo (317), que juzgamos de tal relevancia no sólo para orientar la práctica de los Tribunales, sino en general de todos los órganos del Estado, que bien pueden compararse, incluso por su temática, con la famosa decisión del Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1971 (318). En ambos casos se trataba de enjuiciar sendas resoluciones de la Dirección General de Política Interior de 7 y 22 de febrero de 1979, que denegaban la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones del "Gran Oriente Español" (Masonería Española Simbólica Regular) y, del "Grande Oriente Español Unido" (319) y cuya motivación aludía al pretendido carácter secreto de la asociación y a la falta de desarrollo legislativo del derecho establecido en el artículo 22 de la Constitución. Por lo que se refiere -

- 317) Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1979. Ponentes, Sres. D. José I. Jiménez Hernández y D. Eugenio Díaz Emil. Números 3182 y 3183 del Reportorio Aranzadi. Los criterios de la jurisdicción ordinaria sobre el ejercicio del derecho de asociación han sido confirmados en lo sustancial por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 por la que se otorga amparo a la pretensión de inscripción en el Registro del Partido Comunista de España (marxista-lenista), Boletín Oficial del Estado de 24-II-81, suplemento al núm. 47.
- 318) La literatura francesa sobre libertades públicas se ha ocupado con frecuencia y detenimiento de esta importante decisión. Vid. el trabajo del prof. Peces-Barba, "La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional", cit., p. 101 y s.
- 319) En Francia el objeto del recurso fue la impugnación de la ley de 11 de junio de 1971, que reformaba en un sentido restrictivo la ley de 1 de julio de 1901.

a esta segunda cuestión, única que ahora nos interesa, el T. S. afirma que "no es necesario acudir a la tesis de la in — constitucionalidad sobrevenida... por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta (se refiere a la -- Constitución), deja sin efecto cuantas disposiciones se le -- opongan y aunque es cierto que ello constituye una innova — ción en el Derecho constitucional, no por ello puede dejar -- de reconocerse eficacia inmediata al citado texto derogato -- rio, el cual lleva... la aplicación directa de la norma cons titucional en todo cuanto ello sea necesario para que el or -- denamiento jurídico español siga siendo el todo coherente y absoluto...". La distinción entre inconstitucionalidad sobre -- venida y derogación resulta aquí de gran transcendencia, pues en ella funda el Tribunal Supremo la justificación de su com petencia para enjuiciar la legislación precedente. Si se tra -- tase de normas inconstitucionales, el juez ordinario habría de ceder en favor del Tribunal Constitucional, pero no cuan -- do se admite que dichas normas son inexistentes en cuanto -- que han sido derogadas por la Constitución.

A nuestro juicio, de la solución que demos a este proble -- ma depende en último término la naturaleza de la Constitu -- ción como norma jurídica, como fuente del Derecho que efecti -- vamente vincula a todos los poderes del Estado. Según García de Enterría, la cláusula derogatoria tercera alcanza sólo a las normas de contenido político que regulan las mismas mate rias que aquellos preceptos constitucionales que son de apli -- cación inmediata y directa (320) y que efectúan esa regula --

320) Según el citado autor se trata de los derechos fundamen -- tales y de las normas organizativas y habilitantes de --

ción de manera opuesta e incompatible (321). Por lo tanto, en cualquier otro caso, la disposición derogatoria deberá ceder en favor del artículo 163 o, lo que es lo mismo, la jurisdicción ordinaria habrá de abstenerse y plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Por nuestra parte, creemos que este punto de vista es inconsecuente con la tesis inicial, sostenida con igual fuerza en el artículo 9,1 y en el 53, de que la Constitución, que organiza el ordenamiento jurídico pero que también se integra en él, vincula^a todos los ciudadanos y poderes del Estado; porque si, a reserva de lo que ellos mismos establezcan, todos los preceptos constitucionales tienen el mismo valor jurídico-formal, no vemos justificación para que sólo alguno de ellos sea directa e inmediatamente aplicable por los órganos que habitualmente aplican el Derecho, incluida la disposición derogatoria. Las razones en contra no parecen convincentes (322), pues cuando la citada disposición derogatoria considera derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución no formula distinciones en cuanto al tipo de oposición ni en cuanto al objeto, naturaleza o forma de redacción del precepto constitucional vulnerado.

los poderes públicos.

321) Vid. García de Enterría, Curso, cit., p. 111.

322) Sugiere García de Enterría que cuando el legislador constituyente utiliza la expresión "se opongan" ha pretendido separarse conscientemente del modelo de la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 123 habla de "contradicción", calificativo que usa también el artículo 163 de la española, de donde atribuye al concepto de oposición un valor más restringido, como de regulación directamente opuesta.

¿Cómo hacer compatible entonces el artículo 163 y la su -
puesta exclusividad de la jurisdicción constitucional con la
cláusula derogatoria?. La contradicción nos parece más aparen
te que real porque en un sistema de jurisdicción constitucio-
nal concentrada la exclusividad no deriva en principio de que
las normas que deban ponderar los Tribunales sean distintas -
de aquellas que han de considerar los jueces constitucionales,
sino de que estos últimos actúan en litigios cuyo objeto lo -
constituye la declaración de inconstitucionalidad de una nor-
ma con rango de ley, con independencia de las circunstancias
concretas de los casos de aplicación, y, en segundo lugar, de
que los efectos de sus sentencias son generales y equivalen a
una derogación de la ley (323). En consecuencia, los jueces -
ordinarios, en cuanto que sometidos al principio de jerarquía
normativa, vienen obligados a la aplicación de la Constitutu -
ción de manera preferente, considerando derogadas todas aque-
llas disposiciones que regulen el supuesto de hecho objeto --
del litigio de una forma contraria a la señalada en la ley --
fundamental, siempre naturalmente que se trata de normas ante
teriores a 1979, pues las posteriores no pueden en modo alguno
considerarse derogadas, sino inconstitucionales; razón por la
cual el artículo 163 se refiere primariamente a las leyes que
se dicten al amparo de la nueva Constitución, sin perjuicio -
de que también respecto de las anteriores puedan utilizarse -
los procedimientos de defensa constitucional (324) cuando pre

323) Vid. Almagro Nosete, "Justicia Constitucional", Dykin -
son, Madrid, 1980, p. 10.

324) Vid. Almagro, op. cit., p. 10.

tendan obtenerse los efectos generales que son propios de la "legislación negativa". Pero bien entendido que la cláusula derogatoria mantiene su eficacia incluso después de que se forme el Tribunal Constitucional. Sin duda, este punto de vista se aparta del modelo kelseniano puro y representa la aceptación de un sistema de control, difuso, al menos en parte, pero creemos que, con buen criterio, esta ha sido la opción de nuestro texto constitucional, más cercana al procedimiento europeo que al americano, pero introduciendo los correctivos necesarios para hacer de la Constitución una verdadera norma jurídica vinculante para los ciudadanos y para todos los órganos del Estado, sin por ello propiciar un gobierno de los jueces, que sin duda parece la principal preocupación del sistema de control concentrado.

Precisamente, el problema comentado se plantea en la primera sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (325), que estima en parte un recuerdo de inconstitucionalidad presentado por 56 senadores socialistas contra diversos preceptos legales de régimen local anteriores a la Constitución. En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional confirma los criterios que acabamos de exponer: la Constitución es tanto una norma superior como posterior, por lo que la ley preconstitucional que resulta contraria a sus preceptos debe considerarse derogada y, al mismo tiempo, incurso en un vicio de inconstitucionalidad sobrevenida (326). De ahí

325) Ponente, Sr. D. R. Gómez Ferrer, Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1981, Suplemento al número 47.

326) Vid. mi trabajo "Tres recursos de inconstitucionalidad", introducción al texto de los recursos publicados por la

que al Tribunal le corresponda enjuiciar la legitimidad de todas las leyes, cualquiera que fuese la fecha de su promulgación con la particularidad de que su competencia es exclusiva respecto de las leyes posteriores y compartida con la jurisdicción ordinaria en relación con las precedentes (327).

Creemos que la solución apuntada es en líneas generales -- aceptada por la doctrina y, según hemos visto, también por la jurisprudencia, si bien con ciertas matizaciones. Así, suponer que no todos los preceptos constitucionales gozan de la protección de la disposición derogatoria conduce en primer lugar a discusiones bizantinas acerca del valor relativo de cada precepto y, sobre todo, a resultados insatisfactorios, porque si, como señala García de Enterría, determinadas contradicciones materiales de la legislación precedente con la Constitución sólo dan lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (328), ¿qué sucede cuando esa legislación no está formada por leyes, sino por normas de rango inferior? El Tribunal Constitucional es incompetente y, según la tesis aludida, el juez ordinario tampoco puede hacer uso de la disposición derogatoria. La regla parece admitir, sin embargo, una excepción, que ya fue aludida anteriormente, a saber: cuando la norma precedente no se ajuste a los modos y requisitos de la producción normativa en la Constitución, deberá conservar,

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 59, primavera, 1980, p. 201 y s.

327) Una opinión contraria fue sostenida en voto particular por el Magistrado Sr. Rubio Llorente, que estimaba que la derogación excluye la inconstitucionalidad.

328) Vid. García de Enterría, p. 111.

no obstante, su vigencia si no existe contradicción material o de fondo. Pero nótese que no estamos ante una verdadera excepción a la tesis por nosotros sostenida, ni ante una confirmación del punto de vista restrictivo de García de Enterría, ya que en los supuestos contemplados de ilegitimidad formal anteriores a la Constitución la validez deberá conservarse por el juez ordinario, no porque deje de aplicar la disposición derogatoria, sino porque aún planteando la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional deberá confirmar también la vigencia de la norma discutida. Ello es así porque las leyes anteriores a la Constitución que no se ajustan al modelo de producción normativa diseñado por ésta, no pueden considerarse ni derogadas ni incursas en un motivo de inconstitucionalidad sobrevenida. Ciertamente, ya expresamos antes lo insatisfactorio de esta solución, en cuanto que la organización del Derecho no es una cuestión "menos política" que la tutela del catálogo de derechos fundamentales o que la separación de poderes; pero es también una solución necesaria para la conservación del ordenamiento, es en cierto modo una concesión final del Derecho válido al Derecho eficaz, que se aplica y obedece, y que, por otro lado, no carece de precedentes ni siquiera en la depurada doctrina kelseniana. En este sentido, el problema recuerda la tesis de las habilitaciones supuestas de la norma fundamental, que, como es sabido, era el medio técnico para evitar el conflicto de normas y justificar la legitimidad de una sentencia firme pero ilegal (329); es decir, de aquellas ha-

329) Vid. Kelsen, "Théoria pure...", cit., p. 355. Vid. también Calsamiglia, "Kelsen y la crisis de la Ciencia ju-

habilitaciones que, en honor de la eficacia, había que suponer para conservar la validez de una norma que, no obstante re - presentar una quiebra en la jerarquía normativa, se consolidaba merced a su aplicación. La cuestión no es idéntica, pero también aquí puede "suponerse" que la norma fundamental - contiene una habilitación en favor de la norma preconstitu - cional, en cuya virtud ésta conserva la legitimidad formal - que originalmente tuvo; puede "suponerse" que no existe ver - dadera contradicción al negar en esta materia la retroactivi - dad de los preceptos constitucionales, que vulneraría el -- principio de seguridad jurídica, también tutelado en el artí - culo 9,3. Por otra parte, desde una perspectiva teórica dis - tinta, también puede sostenerse que todo cambio constitucio - nal profundo, como el verificado en España, opera una deroga - ción global del ordenamiento anterior, que habría perdido el fundamento de un poder ya extinguido, por lo que aplicar an - tiguas leyes, que no se opongan materialmente a los nuevos - principios, equivale a una "renovación de la fuente de vali - dez" de las mismas (330). Es decir, se trata de suponer que la derogación global se acompaña, por razones de economía, de una nueva puesta en vigor de carácter tácito, a través de -- esa novación de la fuente de validez. En todo caso, lo impor - tante es destacar que el problema ha de resolverse de igual

ridica", Ariel, Barcelona, 1977, p. 166 y s.
330) Vid. Mortati, "Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale", en "Scritti sulle fonti del Diritto e sull'interpretazione", Giuffrè, Milán, 1972, p. 64 y s.

modo, tanto desde el punto de vista de la disposición derogatoria, como desde la perspectiva de la inconstitucionalidad sobrevenida; o sea, ha de resolverse de igual modo por el -- juez ordinario y por el constitucional.

Señalábamos anteriormente que en la Circular de la Fiscalía General del Estado parecía contenerse, al menos de forma implícita, una distinción entre los derechos fundamentales y las normas constitucionales que les reconocían. La cuestión creemos que es importante para una correcta interpretación -- del artículo 53, sobre todo en lo que se refiere al alcance de los principios de la política social y económica enunciados en el Capítulo III del Título II, si bien, en realidad -- el problema de la aplicación del texto constitucional, es de de cir, el reconocimiento de su naturaleza de fuente del Dere -- cho, tiene un carácter mucho más general, pues aunque el artículo 53, 3º no hubiese intentado esclarecer la cuestión, -- parece que la aplicación de ciertos preceptos constitucionales, tal vez ambiguos o programáticos, como los del Capítulo III, habría suscitado en todo caso justificadas dudas acerca de su eficacia. No se trata ya de esclarecer si la superior jerarquía de las normas ha de hacerse valer por el juez ordi -- nario a través de la disposición derogatoria o mediante el -- enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, sino de concre -- tar el alcance jurídico de los preceptos constitucionales, -- singularmente de los derechos enunciados en los diversos apar -- tados del Título I.

En este aspecto, la Constitución tiene el mérito de haber procurado aclarar el alcance jurídico de la declaración

de derechos, que, como es sabido, suscitó una larga polémica en la historia constitucional francesa; bien es cierto que el artículo 53 presenta una redacción, sobre todo en su número - 3º, no demasiado feliz, y así ha sido puesto de relieve por - la doctrina (331), pero tampoco podemos dejar de reconocer el esfuerzo del legislador para concretar la eficacia jurídica - de los preceptos constitucionales referidos a las libertades públicas. Por lo que se refiere al tema que ahora nos ocupa, el artículo 53 tiene su precedente en el artículo 19 de la -- Ley Fundamental alemana, si bien el español parece bastante - más complejo en su formulación (332); pero esta complejidad - no creemos que derive de una técnica defectuosa, sino de la - misma exuberancia del Título I, que excede ampliamente el ca- tálogo que contienen los 19 primeros artículos de la Ley Fun- damental.

Dice el artículo 53, 1º que "Los derechos y libertades re- conocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a to dos los poderes públicos", especificando, en su número 2º, que los reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capí tulo II, así como el derecho a la objeción de conciencia, go- zará además del recurso de amparo judicial y constitucional; de donde se deduce que todos los demás únicamente podrán ser

331) Vid. Rubio Llorente, op. cit., p. 68; García de Enterría op. cit., p. 99-100; Garrido Falla, "El artículo 53 de - la Constitución" en REDA, Civitas, núm. 21, abril/junio, 1979, p. 187.

332) Según el art. 19,4 de la Ley Fundamental, "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, po- dra recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra juris- dicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios..."

alegados, en cuanto que derechos subjetivos, a través de los procedimientos ordinarios. Finalmente, el número 3º del artículo 53 procura aclarar el alcance de los denominados "principios rectores de la política social y económica", que constituyen el contenido del Capítulo III del Título I, y cuyo reconocimiento, respeto y protección "informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

La constatación positivista de que el Derecho es un orden coactivo, imperativo, a la que nada cabe oponer desde la teoría del ordenamiento, conduce en el análisis de la norma a unos resultados claramente insatisfactorios, ya que en --- cierta medida exige suponer que la norma, para ser jurídica, haya de adoptar la forma de un mandato. No es ocasión de detenernos en el tema, pero lo cierto es que la doctrina ha -- puesto de relieve la insuficiencia del planteamiento aludido (333), pues, cualquiera que sea la naturaleza del ordenamiento jurídico, es evidente que la estructura lingüística de -- las normas no responde, ni mucho menos, a un esquema único - (334), sino que, junto a las órdenes en sentido propio, exis

333) Vid. Redenti, "Variazioni sul tema del verbo comandare" en Riv., Trim. Diritto e proc. civil, XV XIII, 1959, p. 777-794; Bobbio, "Due variazioni" sul tema dell'imperativismo" y "Comandi e consigli", trabajos recogidos en "Studi per una teoria generale del Diritto"; Giappichelli, Torino, 1970, p. 31 y s.

334) Vid., por ejemplo, Bobbio, "Teoria della norma giuridica" Giappichelli, Torino, 1958, p. 86 y s.

ten proposiciones descriptivas, programáticas, juicios hipotéticos (335). En definitiva, el estudio de la norma puede - indicarnos el tipo de forma que habitualmente presentan los preceptos jurídicos, facilitando así una primera diferenciación con otros órdenes normativos no jurídicos, pero estimamos que de aquí no puede deducirse que la cualificación jurídica tenga su origen en la expresión lingüística de la norma, suponiendo que todas aquellas que no se adaptan a un cierto esquema, en apariencia no imperativo, no son Derecho, no son obligatorias. La cuestión presenta una indudable transcendencia en orden a delimitar el alcance jurídico de los derechos fundamentales, en especial cuando se hallan recogidos en una Constitución, pues, como es sabido, todas las declaraciones suelen presentar una cierta ambigüedad en su formulación y, sobre todo, diríase en ocasiones que sus normas no imponen - verdaderas obligaciones, sino simples consejos, es decir, serían lo que Capella ha denominado un lenguaje no normativo - dentro del lenguaje legal (336). Ahora bien, ¿puede negarse la cualificación jurídica a un precepto recogido en un texto constitucional? o, en otras palabras, ¿la cualidad de los jurídicos viene dada por el tipo de proposición o por la pertenencia a un texto legal, es decir, al ordenamiento?. En el fondo, el problema se debate entre un riguroso nominalismo,

335) De juicios hipotéticos calificaba Kelsen las normas jurídicas. Posteriormente, modificaría esta opinión, distinguiendo entre norma jurídica (imperativo, orden) y regla de derecho (juicio hipotético). Vid. "El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho" en "Contribuciones a la Teoría pura del Derecho", cit., p. 58 y s.

336) Capella, "El derecho como lenguaje. Un análisis lógico", Ariel, Barcelona, 1968, p. 37.

de acuerdo con el cual es jurídico todo lo que pertenece al mundo del Derecho, merced a que su forma de exteriorización es jurídica (Constitución, Decreto-Ley, etc.), y una perspectiva que pudiéramos denominar realista, que exigiría como elemento esencial de la cualificación jurídica que la norma se formulase de una determinada manera. En su pura unilateralidad, ninguna de estas dos posiciones ideales parece aceptable, pues, por una parte, es evidente que un "Derecho" que se redujese de simples consejos o declaraciones no merecería el calificativo de jurídico; y, de otra parte, parece también que un verdadero Derecho, esto es, imperativo, puede sin dificultad acoger en su seno todo un conjunto de normas que adoptan la forma de declaraciones, descripciones, programas, etc. Lo que, finalmente, tampoco garantiza con total seguridad que se trate de verdaderos preceptos jurídicos (337), sino que tal cualidad deberá obtenerse a partir de una interpretación sistemática del enunciado (338). En todo caso, lo que interesa destacar es que la estructura lingüística de la norma no constituye la causa única, ni siquiera principal, de la cualificación jurídica.

Así pues, en principio todos los preceptos constitucionales son preceptos jurídicos, aunque en su formulación puedan evocarnos otros órdenes normativos, como el Derecho natural o

337) Así, el tan citado artículo 5º de la Constitución de 1812, que imponía a los españoles la obligación de ser justos y benéficos, no representaba a nuestro juicio un verdadero precepto jurídico.

338) Vid. Crisaffulli, "Lezioni di Diritto costituzionale", vol. II, Padova, 1976, p. 43.

la moral. No se trata ya de que la norma fuese originalmente una norma de conducta moral, lo que por otro lado es corriente en el mundo del Derecho, sino de que, aún ajustándose a un modelo lingüístico no imperativo, el precepto será jurídico merced a su inclusión en el texto constitucional. Conclusión que reviste una gran importancia, ya que, como indica Rubio Llorente, es forzoso seguir refiriéndose a las normas materiales de la Constitución como aquellas "en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas..." (339).

En consecuencia, el estudio de los derechos fundamentales debe tener presente que las normas constitucionales en que aparecen enunciados adoptan con frecuencia fórmulas excesivamente generales o abstractas, cuando no simples declaraciones programáticas. De donde cabe deducir, en primer lugar, que numerosos derechos exigen un desarrollo legislativo posterior; pero lo exigen, y ello parece esencial, no para entrar a formar parte del mundo jurídico, sino para alcanzar su plena garantía y eficacia como derechos subjetivos. La norma constitucional es, sin lugar a dudas, una norma jurídica y, según hemos visto, debe ponderarse en todo caso por los órganos del Estado encargados de aplicar el Derecho, sin perjuicio de que, por su excesiva ambigüedad, tolere como legítimas un amplio catálogo de conductas. Otra cosa sucede con los derechos fundamentales que puedan nacer de la norma constitucional, ya que para que pueda hablarse de derechos subjetivos es necesario que se delimite con precisión el con

tenido de la obligación correspondiente.

A nuestro juicio, el problema que pretende solucionar el artículo 53 es precisamente el de definir el alcance jurídico de los derechos fundamentales, pero no el del valor de las — normas del Título I. La distinción creemos que es importante, porque confundiendo ambas cuestiones se corre el riesgo de devaluar la eficacia de las normas del Capítulo III, cuando el legislador parece que sólo ha pretendido establecer una serie de cautelas en orden a la tutela de los derechos o intereses que pudieran derivarse de las obligaciones establecidas bajo la rúbrica de "principios rectores de la política social y económica". En este aspecto, creemos que tiene razón García de Enterría (340) cuando afirma que el número 1º del artículo 53 no supone una mera repetición de la cláusula general del artículo 9,1, pero, en cambio, no compartimos la opinión de — que el precepto garantizador del artículo 53 añade un "plus" en la regulación constitucional de los derechos fundamentales, ni que el número 3º del propio artículo 53 proporcione un argumento a contrario al condicionar "la aplicabilidad judicial de los principios rectores de la política social y económica a su desarrollo por la ley". Lo que sucede, a nuestro juicio, es que el artículo 9,1 y el 53 se refieren a cuestiones distintas.

En virtud del artículo 9,1 todas las normas constitucionales y, por lo tanto, también las contenidas en cualquiera de los apartados del Título I, vinculan a todos los ciudadanos y

340) García de Enterría, "Curso de Derecho Administrativo" I, cit., p. 102.

poderes del Estado. Desde esta perspectiva, creemos que no -- existe diferencia entre la Sección 1ª y 2ª del Capítulo II, ni entre éste y el Capítulo III. Ciertamente, el grado de eficacia de la norma dependerá de la precisión del mandato en ella contenido, o, lo que es lo mismo, de que, a tenor de su redacción, acepte como legítimas un número de conductas mayor o menor de parte del sujeto obligado. La medida en que una norma constitucional pueda servir de fundamento a la decisión de un Tribunal dependerá de que el contenido de esa norma regule el objeto del litigio de forma más o menos precisa o concreta. - Se trata, pues, de un problema de interpretación y aplicación del Derecho, de elección de la norma idónea, que en principio nada tiene que ver con su ubicación dentro del texto constitucional. Por ello creemos equivocada la tesis de Garrido Falla (341) cuando, en dos trabajos recientes, afirma que el Capítulo III del Título I "está lleno de declaraciones retóricas... que por su propia vaguedad són ineficaces desde el punto de - vista jurídico". Bien es verdad que el citado autor se mantiene en la posición imperativista antes criticada, según la cual el criterio de cualificación jurídica exige que la norma se - adapte a una cierta clase de estructura formal (342), pero el

341) Vid. "Las fuentes del Derecho de la Constitución española" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 46. "El artículo 53 de la Constitución", REDA, cit., p. 176.

342) Dice Garrido Falla que "para que una declaración constitucional (o legal) tenga naturaleza de norma jurídica no basta con su inclusión en tal texto (constitucional o legal), sino que resulta necesario además que tenga estructura lógica de norma jurídica; es decir, que consista en un mandato, una prohibición o una correlativa delimitación de esferas jurídicas entre sujetos, con establecimiento

error principal consiste en no diferenciar entre la eficacia de la norma y la posibilidad de hacer valer ante un Tribunal el derecho subjetivo que eventualmente pueda hacerse derivar de esa norma. Que el precepto sea ambiguo o contenga un simple programa o "norma de acción" (343), no quiere decir que no sea jurídico, que no deba ser considerado por los Tribunales a la hora de interpretar el ordenamiento, de elegir la -- norma idónea y de aplicarla.

Por otra parte, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la llamada "retórica constitucional" no es monopolio del Capítulo III del Título I, sino que es posible hallar la en otros pasajes constitucionales, ajenos incluso al catálogo de libertades. Así, el artículo 27,2 que, no lo olvidemos, goza de la especial protección del recurso de amparo judicial y constitucional, asegura que "la educación tendrá -- por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Nadie duda de que estamos ante una norma jurídica y, sin embargo, no creemos -- que se admitiese una demanda contra un colegio fundada simplemente en que, a juicio de los padres, la educación impartida lograba sólo un desarrollo parcial, o sea, no "pleno" -- de la personalidad de los niños. Los ejemplos de "retórica -- constitucional" fuera del Título I no son menos numerosos. --

de recíprocas obligaciones y derechos" "El artículo 53 de la Constitución", cit., p. 176.
343) La expresión es del propio Garrido Falla. Vid. "La Administración y la Ley" en Revista de Administración Pública", núm. 6, 1951.

Por el contrario, el Capítulo III contiene algunos artículos perfectamente claros, como el 39,3, que ofrecería cobertura al Tribunal Constitucional para declarar la ilegitimidad de una ley que discriminase a las madres solteras; o el número 3º del mismo artículo que obliga al juez civil, por ejemplo en un proceso de divorcio, a fijar los deberes de cada uno de los cónyuges en relación con los hijos, sin que pueda discriminar tampoco a los habidos fuera del matrimonio; o, en fin, el número 2º del artículo 40, que bien podría ser invocado por la Magistratura de Trabajo para declarar nula la cláusula de un contrato que estableciese una jornada laboral de veinte horas diarias, sin perjuicio de que dicha conclusión se obtenga también de la interpretación de otras normas no constitucionales.

Es cierto que no todas las normas constitucionales o legales tienen un mismo alcance, entre otras razones, porque ello viene exigido por la propia naturaleza de las relaciones humanas que son objeto de la regulación y por la voluntad del legislador, pero la "retórica constitucional" se extiende a todo lo largo del texto, al igual que sucede con aquél grupo de preceptos que imponen mandatos concretos e inmediatamente exigibles. Que los preceptos del Capítulo III adopten una forma peculiar, requerida por el carácter de las cuestiones que en él se contemplan, no debe llevarnos a una apresurada devaluación de sus normas. Estas han de interpretarse sistemáticamente y deben invocarse siempre que sea necesario determinar los objetivos y valores que corresponde satisfacer a los poderes públicos y, en definitiva, al ordenamiento jurídico español.

Así pues, estimamos que todas las normas del Título I gozan del mismo valor jurídico. No sucede lo mismo con los derechos fundamentales en ellas recogidos, que, a tenor del artículo 53 y por lo que se refiere a la cuestión que ahora nos ocupa, se pueden clasificar en una triple categoría. En primer lugar, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II que "vinculan a todos los poderes públicos", lo que, según creemos, quiere decir que, sin necesidad de desarrollo legislativo, puede obtenerse su defensa mediante los procedimientos admitidos en Derecho (344) y que cualquier sentencia, resolución administrativa o acto jurídico privado puede invocar esos derechos como fundamento. La segunda categoría se define como una simple especialidad de la que acabamos de estudiar y se caracteriza porque los derechos que a ella pertenecen (345) gozan además de un recurso sumario y preferente ante la jurisdicción ordinaria y del amparo constitucional (346). Finalmente, los principios recogidos en el Capítulo III, sin perjuicio de que informen la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan".

Esta última categoría es la que parece suscitar mayores problemas de interpretación, tal vez por la desafortunada re-

344) En el mismo sentido Garrido Falla, "El artículo 53...", cit., p. 178; García de Enterría, op. cit., p. 102 y s.

345) Son los derechos comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II, el enunciado en el artículo 14 y el derecho a la objeción de conciencia.

346) La libertad individual se protege mediante un procedimiento de "habeas corpus", según ordena el artículo 17,4.

dacción de la última frase del artículo 53,3. En modo alguno puede suponerse que los artículos 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los Tribunales ordinarios, -- pues si el reconocimiento, respeto y protección de tales principios debe informar "la práctica jurídica", es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los Tribunales. En realidad, lo que el precepto ha querido decir es que los preceptos rectores no son todavía derechos subjetivos, es decir, que los ciudadanos no pueden dirigirse a los Tribunales ordinarios requiriendo su cumplimiento por parte de los poderes públicos. Las normas constitucionales son directamente aplicables, pero los derechos que pueden derivarse de las mismas exigen, para su configuración como verdaderos derechos, la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, sanciones por el incumplimiento, etc. Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto (347), cuando establecía que "no podrán ser alegados directamente, como derechos subjetivos, ante los tribunales," pero, en cualquier caso, estimamos que la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado, y así lo ha entendido la doctrina (348).

Los preceptos del Capítulo III, que por lo general adoptan el modelo de las normas programáticas, son pues vincula-

347) Anteproyecto constitucional; Boletín Oficial de Cortes.- 5 de enero de 1978, artículo 45,3.

348) Vid. Rubio Llorente, op. cit., p. 68; García de Enterría, p. 100-101.

tes para todos los poderes del Estado y, en consecuencia, -- aplicables por los Tribunales ordinarios en los mismos supues-
tos que las demás normas constitucionales. Lo que sucede es
que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales,
estas normas programáticas generan unicamente los que se han
llamado "derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios"--
(349), ya que al no autorizarse un procedimiento para exigir
de la Administración o del legislativo el comportamiento pre-
visto en la norma o la aprobación de una ley de desarrollo,
la fuerza obligatoria del precepto se transforma en la prohi-
bición de emanar normas contrarias a la Constitución (350).
Es decir, que como señala N. Bobbio (351), "la violación ju-
rídicamente relevante de una norma programática no consiste
en la inejecución de una obligación de hacer, sino en la in-
observancia de una obligación de no hacer". El problema pre-
senta una importancia menor cuando se trata de la Administra-
ción, que puede venir obligada por la ley a comportarse de -
una determinada forma o a prestar un servicio, lo que requie-
re, bien es cierto, el desarrollo legislativo del Capítulo -
III. Pero no sucede lo mismo con las Cortes, ya que evidente-
mente ningún juez puede exigir al legislador la emanación de
una ley, por-que en principio la única vía de fiscalización
consistirá en el control de normas ya dictadas; aunque con-
viene recordar, con Rubio Llorente (352), que en ciertos ca-

349) Vid. García de Enterría, "Sobre los derechos públicos -
subjetivos" en REDA, núm. 6, 1975, p. 427 y ss.

350) Vid. Bobbio, "Due variazioni sul tema dell'imperativis-
mo" en "Studi per una Teoria Generale del Diritto", Gia-
ppichelli, Torino, 1970, p. 42. El autor parece circuns-

sos el juez podría considerar inconstitucional la omisión del legislador y estimar "en consecuencia ilegítimas situaciones que no se habrían consolidado si no hubiese existido tal omisión".

Pero, en líneas generales, parece claro que del Capítulo III no nacen verdaderos derechos fundamentales si no es mediante el desarrollo legislativo. Lo que no supone que sea la ley el instrumento que crea los nuevos derechos, sino que, con mayor o menor precisión, la obligación que todo derecho comporta se encuentra ya contenida en el texto constitucional; por lo tanto, el legislador no es libre para fijar el contenido de esos derechos relacionados con el Capítulo III, sino que ha de someterse a las directivas constitucionales. En este aspecto, el último inciso del artículo 53, 1º no sólo es inútil, sino también perturbador, porque al afirmar que los derechos del Capítulo II "se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1a)", pudiera tal vez deducirse, sin duda equivocadamente, que el legislador puede fijar arbitrariamente el contenido de los derechos fundamentales relativos al Capítulo III, no siendo impugnables sus leyes a través del recurso de inconstitucionalidad. Por el contrario, debemos afirmar la competencia del Tribunal Constitucional en relación con este Capítulo III del Título I.

La tesis aquí sostenida parece coincidir con la de la ju -

cribir la fuerza obligatoria de la norma programática a la actuación del legislador, pero creemos que a la luz de nuestra Constitución, y creemos que también de la italiana, puede estimarse que vincula, aunque sea de esta forma negativa, a todos los poderes públicos.

351) Bobbio, op. cit. en nota anterior, p. 42.

352) Rubio Llorente, op. cit., p. 71.

risprudencia, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un derecho constitucional de indudable interés, pero que no se halla recogido en el catálogo de los fundamentales, ni si -- quiera en el Capítulo III, como es "el acceso de los ciudada nos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averigua- ción de los delitos y la intimidad de las personas" (artícu- lo 105 b). Bien es cierto que, desde un punto de vista doctri- nal, el derecho contemplado en el artículo 105 puede conside- rarse una manifestación del derechos más general a partici- par en los asuntos públicos, que en términos amplios se en- cuentra títulado en el artículo 23, es decir, dentro de la - Sección 1ª del Capítulo II; pero ello no supone en modo algu- no que el acceso a los archivos y registros deba gozar de la misma protección jurídica que el derecho reconocido en el ar- tículo 23, pues tal solución hubiese requerido, a nuestro -- juicio, una expresa manifestación de voluntad por parte del - legislador. En cualquier caso, y aunque en principio el régi- men jurídico de estos "derechos extravagantes" no debe asimi- larse a ninguno de los previstos en el Título I, creemos que la doctrina de la Sentencia de 16-X-1979 (353) es interesan- te para delimitar el alcance los preceptos constitucionales y también de los derechos fundamentales recogidos en el Capí- tulo III, en cuanto que el artículo 105 establece que "la -- ley regulará... el acceso de los ciudadanos..." remisión és- ta que autoriza la analogía con el artículo 53,3ª, que difie

353) Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Ponente - Excmo.Sr.D.Fernando Roldán Martínez,núm. 3.369 del Reper- torio Aranzadi.

re la eficacia de los derechos -no de las normas- que puedan derivarse del Capítulo III hasta el momento en que una ley -- proceda a su desarrollo.

Si bien en este caso el Tribunal Supremo rechaza que el artículo 105 haya derogado la normativa anterior y, más concretamente, que en su nombre se deba prescindir de los requisitos exigidos con arreglo a la técnica de la Ley de Procedimiento Administrativo, llama sin embargo la atención que tal doctrina no se funda en los antiguos motivos alegados por la jurisprudencia para no aplicar las normas materiales de la -- Constitución, que ya fueron aludidos en páginas precedentes. Por el contrario, la Sentencia afirma no desconocer "el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tiene los preceptos constitucionales", lo que equivale a reconocer su naturaleza de fuentes del Derecho directamente vinculantes. Lo -- que sucede es que "cuando estos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional expresamente -- dispone que una Ley regule... indudablemente se está manifestando por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios...". Previsiblemente, ésta será la tesis jurisprudencial cuando se debata alguno de los principios del Capítulo III. -- Los tribunales no se negarán a tomarlos en consideración como criterios inspiradores del ordenamiento e incluso les invocarán como uno de los fundamentos del fallo, pero en la medida en que sean "principios" y se difiera su eficacia al desarrollo legislativo, parece que no podrán alegarse como única co-

bertura de una pretensión jurídica, e insistimos en el calificativo de única, ya que obviamente sí pueden alegarse ante los Tribunales desde el momento en que expresamente se dice que -- "informarán la práctica judicial".

Luis Fernando Prieto Sanchis

TP
1982

042-21



* 5 3 0 9 8 5 7 8 7 9 *

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

X-53-182824-5

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

DE 1978

TOMO II

Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1982



BIBLIOTECA

© Luis Fernando Prieto Sanchis
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1981
Xerox 9200 XB 430
Depósito Legal: M-36705-1981

VI. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para concebir los derechos fundamentales como obligaciones del Estado es necesario que los mismos aparezcan declarados en un texto jurídico que si bien nunca podrá prevalecer sobre la fuerza, pues ese es el límite de todo Derecho, se imponga al menos a todos los poderes constituidos. Ese texto jurídico es la Constitución, y la Constitución entendida además no sólo como "norma normarum", sino precisamente como fuente del Derecho que vincula a todos los poderes del Estado. No debe ocultarse, sin embargo, que la efectiva vigencia de las libertades públicas no puede hacerse depender únicamente del vigor del instrumento jurídico que las declara, en especial cuando dicho texto es, por lo común, lo suficientemente ambiguo e indeterminado -- en alguno de sus preceptos como para legitimar el ejercicio -- del poder por fuerzas políticas que representan muy diversos -- intereses y que tratan de hacer valer distintos postulados e -- ideologías. Hemos insistido en que tales características no -- son motivo para devaluar ni la validez ni la eficacia jurídica de los preceptos constitucionales, pero es incuestionable que algunos derechos fundamentales exigen un desarrollo posterior de rango no fundamental que conjuga su ejercicio con el necesario respeto al orden público y al derecho ajeno. Ello resulta evidente en aquellos derechos cuya realización exige el cumplimiento de una obligación de contenido positivo por parte de los poderes públicos y que, como es lógico, requiere la puesta en vigor de normas de organización, pero lo cierto es que también muchos derechos civiles y políticos precisan que su declaración

se complete con normas posteriores de rango no constitucional.

Resulta difícil, sin embargo, dilucidar con precisión las tareas que corresponden a la ley y, en general, a las normas jurídicas no constitucionales, ya que no todos los derechos declarados fundamentales exigen un desarrollo análogo; en primer lugar, porque la Constitución no les define siempre con igual detalle y, en segundo lugar, porque su ejercicio es de naturaleza diversa y en ocasiones supone la organización de servicios públicos específicos. Pero, además, no debe ocultarse que en la tradición liberal existe la idea, no siempre corroborada -- por los hechos, de que el mejor desarrollo de los derechos humanos es el que no existe, es decir, que para su efectiva vigencia basta declararlos, en la Constitución o en la ley, resultando perturbador todo intento de regulación posterior. En el fondo, como bien puede entenderse, late el prejuicio de -- identificar desarrollo con limitación, lo que hasta cierto punto es justificado, pues limitar el ejercicio de los derechos fundamentales constituye una de las tareas más relevantes de los órganos del Estado y, de manera singular, del poder legislativo. Por otra parte, entendidos los derechos fundamentales en su faceta más restrictiva de libertades públicas no deja de ser un contrasentido hablar de desarrollo: "Las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales, señala Kelsen, son disposiciones de la Constitución que determinan el contenido de las leyes de manera negativa..." (354), es decir, que deben respetarse por cualquier norma jurídica, pero -- cuya realización no requiere en principio una actividad positi

354) Kelsen, *Théorie pura*, cit., p. 189.

va por parte de los poderes públicos; de ahí que para Kelsen el verdadero derecho consista en la facultad de impugnar la norma vulneradora de la libertad.

Indicamos en otro lugar el arcaísmo de esta concepción -- que define la libertad como un espacio jurídico vacío, aunque ese espacio esté garantizado por la norma fundamental del ordenamiento positivo. Es evidente que la Constitución declara fundamentales numerosos derechos que no se ajustan a ese modelo, sino que exigen para su efectiva vigencia el comportamiento positivo de los órganos del Estado, que se expresará mediante actos o normas, pero que por regla general habrá de requerir una previa cobertura legal que desarrolle los principios constitucionales, que organice los servicios públicos necesarios, etc. Pero, además, aunque ciñamos el análisis a las libertades públicas o, con mayor precisión a los derechos fundamentales de contenido negativo, el desarrollo legislativo parece una constante histórica, principalmente en su dimensión de regulación limitativa, pero también como establecimiento de los modos y formas de ejercicio de los derechos. Ni siquiera en el plano teórico es concebible que las garantías individuales, manifestación más genuina de los derechos de contenido negativo, puedan existir sin que su declaración constitucional sea completada por un desarrollo de rango inferior. Escrib[e] Engisch que el lado positivo del Derecho, el de los derechos subjetivos, "parece quedar absolutamente oculto a la teoría imperativa del Derecho" (355), y, si bien, como hace -

355) Engisch, K., "Introducción al pensamiento jurídico", trad. de E. Garzón, revisión y adaptación de Luis García San Miguel, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 39.

el propio autor, esta afirmación debe matizarse, creemos que efectivamente cuando el análisis se circunscribe a la norma y se pretende ver siempre en ella un mandato o prohibición y en la libertad un "claro en el artículo normativo" (356), los de rechos fundamentales tienden a configurarse como una ausencia de Derecho y la legislación que los desarrolla como un obstáculo a su pleno ejercicio. En verdad, una de las principales funciones de la ley consiste en limitar y organizar el ejerci cio de los derechos fundamentales, pero, como veremos, no es esa la única finalidad que ha de satisfacer. Históricamente, piensese, por ejemplo, en las viejas leyes francesas regulad oras de las libertades públicas, como la de 1881 sobre la pren sa o la de 1901 sobre el contrato de asociación, que respon -den sin duda a una concepción liberal acerca de las funciones del Derecho; piensese también en las leyes sancionadoras que limitan uno de los más indiscutibles derechos como es la li -bertad individual.

Tras la declaración del derecho quedan importantes tareas por acometer: delimitar sus elementos constitutivos, distin -guir las libertades fundamentales de otras situaciones jurídi cas análogas, conjugar su ejercicio con el derecho ajeno, de tallar los supuestos de suspensión, etc. En un Estado de Dere cho la regulación de todos estos elementos y funciones debe -corresponder al legislador, pero cabe preguntarse si en el mo delo constitucional español es posible atribuir al legislador también la declaración de nuevos derechos o, más exactamente,

356) La expresión es de K.Binding, cit. por Engisch, op.cit. p.39

su calificación como fundamentales. El supuesto no parece fácilmente imaginable, al menos en el momento presente, pues, - como señala Rubio Llorente, "la incorporación de estas normas (declarativas de derechos fundamentales) en nuestra Constitución está hecha en términos tan amplios y completos que bien puede decirse que no hay ninguna otra que la supere" (357), pero no obstante, y más como hipótesis teórica, debe plantearse la cuestión de la legitimidad del legislador para la declaración de nuevos derechos fundamentales, aunque desde luego tan poco puede descartarse que el legislador pretendiese atribuir la naturaleza de fundamentales a derechos subjetivos ya reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, la respuesta en el sistema constitucional español debe ser rotundamente negativa: el legislador no puede, sin modificar la Constitución, incorporar un nuevo derecho fundamental y, si no obstante lo hace, pues goza de libertad en el uso del lenguaje y siempre podrá calificar como le plazca los nuevos o viejos derechos subjetivos, teórica y prácticamente nos hallaremos ante una nueva categoría que no podrá asimilarse en igualdad de rango al catálogo de libertades recogido en el Título I de la Constitución. Como es obvio, el legislador cuando modifica el ordenamiento jurídico puede reconocer, y de hecho reconoce, nuevos derechos o tutelar de forma más intensa los ya existentes, y no cabe duda de que ta les derechos podrán calificarse como sociológica o política - mente fundamentales; incluso sería lícito establecer en favor

357) Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del Derecho", cit., p. 65.

de esos derechos un procedimiento de garantía más eficaz que el previsto para las libertades reconocidas en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, si bien tal hipótesis no es fácilmente concebible en cuanto que exigiría regular un sistema garantizador distinto del ordinario, pero también diferente -- del que establece la Constitución en favor de los derechos -- por ella reconocidos.

Los motivos de este punto de vista son fácilmente comprensibles a la luz de las consideraciones realizadas en el Capítulo I. Los derechos fundamentales no son una categoría arbitraria que la Constitución o la ley puedan amoldar a sus designios, sino que un plano metajurídico, es decir, sociológico o valorativo, es posible formular un juicio crítico sobre la decisión del legislador, tanto en el sentido de poner de relieve la ausencia de ciertas libertades en el catálogo de derechos fundamentales, como, a la inversa, llamando la atención acerca del carácter no fundamental de alguno de los recogidos con tal denominación. Pero pretender llevar este juicio crítico al análisis jurídico y suponer que el legislador puede formularlo en relación con el texto constitucional no parece aceptable ya que conduciría a un irremediable confusionismo epistemológico. La Constitución, al rubricar el Título I, se ha servido de un concepto bien conocido por el Derecho Comparado e Internacional y que, además, tiene una indudable transcendencia para la Sociología, la Política y la Teoría de la Justicia y toda reflexión sobre la génesis constitucional deberá tener en cuenta esas perspectivas; pero la Constitución, cuando consagra en el ordenamiento jurídico español la noción

de derechos fundamentales, deja de ser fiduciaria de cualquier sistema normativo ajeno y, por supuesto, de las consideraciones sociológicas o valorativas, de manera que a partir de su promulgación las libertades y derechos fundamentales vigentes en España son precisamente los recogidos con tal nombre en el Título I de la Constitución.

Ciertamente, si todo se redujese a una cuestión terminológica el problema no pasaría de la pura especulación académica; si la Constitución se limitase a declarar fundamentales un catálogo de libertades o derechos "prestigiosos", recordando a los órganos del Estado y a los ciudadanos la conveniencia moral de respetarlos, nada impediría que el legislador ampliase hasta el infinito la extensión de esa recomendación; y casi lo mismo podría decirse si esa recomendación se sustituyera por un régimen jurídico ordinario, es decir, por un sistema de tutela que no hallase su fundamento y legitimación en el propio texto constitucional. Pero, al igual que sucede con los derechos fundamentales como concepto histórico, tampoco en el estricto plano jurídico reina la arbitrariedad o, al menos, si esta fuese la característica del sistema de libertades públicas en un determinado ordenamiento, estaríamos plenamente legitimados para hablar, desde las propias categorías jurídicas, de un concepto vacío, de una noción sin contenido. La calificación de fundamentales aplicado a un determinado derecho ha de ir necesariamente acompañada de un régimen jurídico peculiar, y es precisamente este régimen jurídico, y no la simple denominación, el que nos ofrece el concepto preciso de derechos fundamentales en un ordenamiento determinado. En Es-

pañía, los derechos fundamentales se definen por su declaración constitucional, lo que supone el riguroso respeto de su contenido por parte del legislador; se definen también por la reserva de ley, orgánica u ordinaria, que garantiza su desarrollo; por un especial sistema de tutela que se expresa en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o en el recurso sumario y preferente a que alude el artículo 53,2^º, porque su ejercicio sólo puede suspenderse en ciertos casos, etc., etc.

¿Puede el legislador ordinario ofrecer en favor de un derecho subjetivo un régimen jurídico de esta naturaleza?. Es evidente que no; en unos casos, por imposibilidad material y, en otros supuestos, por imposibilidad constitucional. Así, no es materialmente concebible que el legislador garantice la perpetuidad de su obra frente al legislador futuro, cosa que en cambio es consustancial a la noción formal de Constitución: los derechos reconocidos en ésta se imponen, sin excepción, a todos los órganos del Estado. La imposibilidad constitucional deriva del carácter de "numerus clausus" que, a nuestro juicio, tienen los preceptos constitucionales que establecen el régimen jurídico de los derechos fundamentales; negar que las libertades y derechos aludidos en el artículo 53,2^º puedan obtener la tutela jurisdiccional mediante el recurso de amparo constituye, sin duda, una violación del artículo 161,1b), pero también se vulnera la Constitución si una ley pretende ampliar esta especial garantía, por ejemplo, al derecho de propiedad privada. La razón es sencilla: tal proceder supondría una distorsión del esquema trazado por el ~~tex~~

to constitucional, afectando no sólo al sistema de libertades públicas, sino también a la propia división de poderes, cuyas funciones quedarían al libre arbitrio del legislador.

Así pues, la ley lo puede casi todo, excepto crear nuevos derechos fundamentales o, al menos, crearlos de forma explícita. Decimos de forma explícita porque, al amparo de los preceptos constitucionales, a menudo ambiguos o equívocos, siempre cabe la incorporación de nuevos derechos, es decir, el establecimiento de obligaciones que generan unas facultades en relación con las cuales puede ser lícito en ocasiones pretender un origen constitucional y, por lo tanto, atribuirles el régimen jurídico peculiar de las libertades públicas. En realidad, se trata de derechos que pueden a veces comprenderse dentro de las fórmulas constitucionales, pero en cuya explicitación el legislador juega una papel esencial, ya que en ocasiones las libertades recogidas en el Título I se prestan a plurales interpretaciones y, sobre todo, pueden propiciar diferentes consecuencias en el ordenamiento jurídico. El problema ofrece una especial transcendencia en aquellos derechos que generan obligaciones de contenido positivo y que suelen presentar unos contornos dudosos o mal definidos, como sucede, por ejemplo, con el derecho a la educación o la libertad de enseñanza, que requieren normas de desarrollo y de organización de servicios públicos; normas que, como el Estatuto de Centros Docentes no universitarios, generan necesariamente una serie de derechos y de obligaciones que no siempre pueden hallar cobertura constitucional en el artículo 27, lo que no supone que su legitimidad sea discutida, sino simplemente que

se desarrolla y completa el derecho reconocido. Así sucede, -- por ejemplo, con el derecho que en favor de los alumnos establece el artículo 40-j del Estatuto de Centros: "Al seguro es colar integrado en el sistema de Seguridad Social, que les -- proteja ante el infortunio familiar, accidente o enfermedad". Se trata de un precepto importante que contribuye a hacer -- real y efectivo el derecho a la educación, pero que, sin em -- bargo, no puede hallar cobertura constitucional en el artículo 27, lo que supone que se halla excluido del régimen espe -- cial de tutela y garantía que se prevé en favor de los dere -- chos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I. Algo análogo sucede con el llamado derecho al ideario, que el propio Estatuto recoge en favor de los titulares de cen -- tros escolares, pues, al margen de las graves dudas que se -- suscitan en torno a su legitimidad constitucional, es evidente que como tal no se halla recogido en el artículo 27 y que por lo tanto no constituye más que una previsión legislativa en torno a la enseñanza, pero no el riguroso desarrollo de -- los derechos tutelados por la Constitución; éste reconoce el derecho a fundar escuelas, a la libertad de enseñanza, de cátedra, etc., pero el derecho al ideario, que se define en la propia ley sobre la base de limitar el ejercicio de otras libertades no puede hallar cobertura constitucional, por lo que bien puede decirse que es un derecho de creación legislativa y, en consecuencia, de naturaleza no fundamental (358).

358) Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia de 13 de febrero de 1981, en la -- que fue ponente el Magistrado Sr. Tomás y Valiente, si -- bien en cuanto al tema del derecho al ideario, que figu-

Según creemos, el legislador carece de legitimidad para incorporar al ordenamiento nuevos derechos fundamentales o para otorgar tal calificación a simples derechos subjetivos, pero, sin duda, su labor puede desarrollarse con frecuencia en los linderos de la actividad creativa. En algunas ocasiones, como las examinadas en el párrafo anterior, porque regula materias que constituyen el ámbito propio del ejercicio de derechos -- fundamentales, de tal forma que esta reglamentación genera -- nuevos derechos subjetivos que en su materia coinciden con -- otros derechos propiamente fundamentales; es más, por esa -- coincidencia material, por esa pertenencia al mismo ámbito so cial, los nuevos derechos suelen aparecer en leyes cuya prin cipal misión es desarrollar el texto constitucional, razón -- por la cual no siempre resultará fácil la distinción entre ambas categorías (359). En otras ocasiones la ley reconoce ciertas facultades que constituyen una condición indispensable para el ejercicio de derechos fundamentales y que precisamente

ra en la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares impugnado por el grupo socialista, dicho Magistrado presentaría un voto particular estimando inconstitucionales ciertas consecuencias que cabe derivar de dicho ideario. Lógicamente, el criterio mayoritario del Tribunal fue el de aceptar la legitimidad de los preceptos impugnados. - Vid. mi trabajo "Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales", cit. p. 345 y s.

- 359) En el citado Estatuto de Centros Docentes pueden hallarse numerosos ejemplos, pero también en otras muchas le - yes relativas a derechos humanos; así, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa reconoce a las -- iglesias un derecho de participación en la Comisión Ase - sora de Libertad Religiosa, que puede, considerarse un -- complemento del inciso final del artículo 16,3º de la -- Constitución, que incorpora una directriz orientadora pa - ra los poderes públicos, pero no un derecho fundamental, por lo que dicha facultad de participación no constituye el desarrollo de ningún derecho.

por ese carácter deben considerarse incluidas en la noción -- del derecho fundamental correspondiente. En realidad, aquí el legislador, más que crear nuevos derechos, satisface una función de explicitación de las libertades tuteladas en el texto constitucional.

Aunque distinguir las normas que regulan el ámbito material de ejercicio de ciertos derechos de aquellas otras que constituyen el cabal desarrollo de los mismos no es una labor sencilla que pueda resolverse mediante la formulación de una regla general, creemos no obstante que pueden indicarse algunas funciones legislativas cuya realización representa el desarrollo típico de las libertades públicas. Esas funciones -- son tres, a saber: determinación precisa del contenido del derecho, limitación y garantía específica de su ejercicio. De -- las dos últimas funciones nos ocupamos en otro lugar.

¿Qué significa determinar el contenido de un derecho fundamental?. Ante todo, supone delimitar las situaciones de hecho que integra el derecho fundamental, es decir, cualificar jurídicamente (360) una cierta conducta humana, atribuyéndola un sentido jurídico preciso. Esa cualificación puede venir -- más o menos explicitada en la norma declarativa, esto es, en la Constitución, pero con frecuencia es preciso que la ley -- complete esa labor. Piénsese, por ejemplo, en el fenómeno asociativo, que encuentra un reconocimiento constitucional primario en el núm. 1º del artículo 22, en cuya virtud ese puro hecho que es la humana inclinación a lograr un determinado fin

360) Vid. Braud, Ph., op. cit., p. 340 y ss.

mediante el esfuerzo conjunto de una pluralidad de personas - se transforma en una conducta relevante para el Derecho, se - cualifica jurídicamente en el derecho de asociación. Sin em - bargo, es evidente la voluntad constitucional de diferenciar diversas clases de asociaciones; en un sentido negativo, pro - hibiendo las de carácter secreto o paramilitar (art. 22,5º), y en un sentido positivo, prestando especial atención a las - que tengan una finalidad religiosa (art. 16) o política (art. 6), o de defensa de intereses de clase (el derecho a la li - bertad sindical, art. 28,1º) o profesionales (art. 36); regla - mentación constitucional que justifica un desarrollo legisla - tivo autónomo de las diferentes modalidades asociativas, es - decir, que da lugar a diversos derechos fundamentales.

Pero en otros casos esa cualificación jurídica carece de cobertura constitucional, por lo que es la propia ley quien - delimita los supuestos de hecho que merecen el título de dere - chos fundamentales o, mejor dicho, que constituyen el ejerci - cio de un derecho específico y determinado; así sucede con la libertad de reunión tutelada en el artículo 21 de la Constitu - ción. Según ese precepto quedan amparados por el título "dere - cho de reunión" cualquier agrupamiento de personas siempre - que sea pacífico y sin armas. Sin embargo, en la ley que desa - rrolla el mandato constitucional (361) se procede a una múlti

361) Propiamente, esta Ley de 29 de mayo de 1976, reguladora del derecho de reunión no desarrolla la Constitución, ya que su promulgación es anterior en dos años a la entrada en vigor de la ley fundamental, pero, a los efectos que aquí nos interesan, la normativa comentada bien puede -- considerarse como el desarrollo del derecho de reunión - tutelado en el artículo 21.

ple cualificación: "A los efectos de la presente ley se en -
tiende por reunión la de más de veinte personas" (art. 2,1^a);
"Están excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley
las siguientes reuniones..." (art. 3,1^a) (362); "las reunio -
nes privadas no estarán sometidas a los requisitos estableci-
dos en la presente Ley" (art. 2,2^a) (363). Así pues, a la vis-
ta de la ley que desarrolla el artículo 21 no todas las reuni -
ones constituyen el cabal ejercicio del derecho de reunión,
lo que no supone ni mucho menos que las excluidas carezcan de
tutela, sino que ésta se presta principalmente en atención a
unos valores que no son los que tratan de defenderse cuando -
se ofrecen garantías en favor del derecho de reunión (364), o
bien, si se prefiere, porque junto al puro hecho de reunirse,
presentan ciertas connotaciones o persiguen fines que requie-
ren un tratamiento especial (365). Debe tenerse en cuenta, no
obstante, que ese tratamiento particular que tal vez requiere -
ran las reuniones sindicales, electorales, de estudiantes, -
etc., no pueden traducirse en un menoscabo de los medios de -

- 362) A continuación señala las reuniones que celebren los Or-
ganismos públicos, los actos religiosos, las de carácter
electoral, las sindicales, las estudiantiles, los espec-
táculos públicos y, finalmente, las reguladas por Leyes
especiales.
- 363) Previamente, se indica que son reuniones privadas las --
que celebren en su domicilio las personas físicas, las -
que celebren las Sociedades civiles y mercantiles, aso-
ciaciones, corporaciones, etc. y, por último, las de pro-
fesionales colegiados con sus clientes.
- 364) Así sucede, a nuestro entender, con las reuniones que ce-
lebran en su domicilio las personas físicas, cuya tutela
debe relacionarse más bien con los valores de seguridad
personal y de inviolabilidad del domicilio.
- 365) Es el caso de las reuniones con finalidad sindical, que
presentan indudables peculiaridades, como la celebración
en los centros de trabajo, etc.

garantía; en concreto, cuando el art. 53,2º dice que: "Cual -- quier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y de rechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo...", ello es aplicable a todas las modalidades de reunión, aunque vengan reglamentadas en leyes especiales; y lo mismo cabe decir respecto de los demás privilegios que otorga la Constitución en favor de los derechos fundamentales.

La segunda función del órgano encargado de desarrollar los derechos enunciados en la Constitución, del legislador en el - caso español, consiste en definir los derechos y libertades, - esto es, en delimitar y caracterizar el haz de facultades que se integran dentro de esa figura que hemos obtenido mediante - la cualificación jurídica de ciertas conductas o situaciones - de hecho; y se trata sin duda de una de las principales tareas legislativas, no sólo porque es necesario dilucidar qué puede hacer el titular con su derecho fundamental y, por lo tanto, - en que consiste su ejercicio, sino además porque la Constitu - ción ofrece escasos elementos de definición (366). Este mutis - mo no ofrece mayor problema cuando se trata de nociones jurídi - cas bien conocidas, como la propiedad, tradicionalmente defini - da como "el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más - limitaciones que las establecidas en las leyes" (artículo 348 del Código civil), o incluso cuando se hace referencia a expre

366) Tal vez la definición más detallada de un derecho funda - mental en nuestra Constitución corresponda a la libertad sindical, que comprende, según el artículo 28,1º, "el de - recho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección así como el derecho de los sindicatos a formar confedera - ciones y a fundar organizaciones sindicales internaciona - les o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

siones comunes cuyo significado en el lenguaje vulgar coincide con el jurídico, al menos en líneas generales, como sucede con la libertad de reunión, expresión, etc. Lógicamente, en estos casos la libertad del legislador para delimitar el contenido de los derechos se halla bastante mermada, pues existe una noción previa que podrán tal vez ampliar o restringir, pero que deberá respetar en lo esencial: el derecho de asociación supone, cuando menos, la libertad de fundar asociaciones, de afiliarse a las ya constituidas y de abandonarlas, sin perjuicio de que la ley atribuya otras facultades, como la participación en entidades públicas, la posibilidad de entablar negociaciones colectivas, etc. Pero la Constitución también recoge otros derechos cuya formulación lingüística no nos remite a ninguna noción vulgar o bien conocida por nuestro ordenamiento jurídico, y cuya definición queda en buena medida encomendada al legislador. El artículo 44 asegura que todos tienen derecho a la cultura, pero nunca en nuestro Derecho se ha definido su contenido, nunca se han expresado las facultades que ofrece ni las obligaciones específicas que comporta. Así también el artículo 20,1-d establece que la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia (367), noción importada del Derecho Comparado y que requiere sin duda una precisa definición legal. Parece, pues, que en esta segunda categoría de derechos la función del legislativo adquiere una importancia capital o, lo que es lo mismo, el desarrollo del derecho

367) Vid. sobre este tema Desantes, J.M., "La cláusula de conciencia desde la perspectiva profesional", Persona y Derecho, Facultad de Derecho, Univ. de Navarra, vol. IV, -1977.

constituye un complemento imprescindible de su declaración - constitucional.

Por último, al legislador corresponde reglamentar el ejercicio del derecho, es decir, detallar un sistema de control, imponer límites y arbitrar un sistema de protección partiendo de los mandatos constitucionales. Sin duda, este tercer aspecto es el que ofrece mayores peligros para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales en cuanto que la declaración constitucional puede verse fácilmente desvirtuada por un desarrollo restrictivo, razón por la cual la constitucionalidad del sistema de libertades que, como hemos visto, representa una nota esencial de su concepto jurídico, se resuelve finalmente en la efectividad de los procedimientos de fiscalización sobre todos los poderes y órganos del Estado, incluso el legislativo.

VII. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

No cabe duda de que la Constitución ha querido configurar un sistema de libertades públicas que pudiéramos calificar como rígido, en el sentido de que sus líneas maestras son prácticamente inaccesibles para los diferentes órganos del Estado. - Ello no puede sorprender en relación con el poder ejecutivo o con la Administración, pues como indicamos este es el poder -- que ofrece mayor desconfianza, ni tampoco con el judicial, con- figurando tradicionalmente como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, es decir, desprovisto de funciones creativas. Pero, en cambio, sí es sorprendente el catálogo de lími- tes que se imponen al poder legislativo y que se expresan, a - nuestro juicio, en una triple vertiente; en primer lugar, en - la exigencia, que luego detallaremos, de proceder al desarro - llo de ciertos derechos mediante un instrumento normativo espe- cial, la ley orgánica, cuya principal característica consiste en corregir la regla de oro de la democracia que es el princi- pio de las mayorías, requiriendo un quorum especial que de al- guna manera hace de estos derechos una materia cuasi constitu- cional. En segundo lugar, erigiéndose la propia Constitución - en fuente del Derecho, en norma directamente aplicable, lo que supone que la función legislativa ya no constituye una media - ción necesaria para la efectiva vigencia de los derechos funda- mentales, que existen pese al silencio de la ley; como vimos - anteriormente, este es el sentido del artículo 53,1º cuando -- afirma que "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítu- lo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes pú

blicos". Aunque ello no represente en sentido estricto una limitación al legislador, es indudable que la concepción del -- texto constitucional como norma y no sólo como "norma norma - rum" reduce la transcendencia de la función legislativa.

La tercera garantía que la Constitución ha previsto frente al poder de la ley aparece también en el artículo 53,1º -- cuando, en el segundo de sus puntos, establece que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades - (se refiere a los del Capítulo II del Título I)...". La dogtrina es unánime al recordar el origen germánico del precepto (368) y en concreto el artículo 19,2º de la Ley Fundamental - de Bonn (369). Ahora bien, ¿qué alcance debemos reconocer en el marco de nuestra Constitución a ese "contenido esencial" - que representa el límite del legislador en el desarrollo de - los derechos fundamentales?. Se trata ciertamente de un concepto jurídico indeterminado (370), ajeno a la tradición de - nuestro ordenamiento y que sin duda planteará graves proble -

368) Así Varela, S., "La Constitución española en el marco -- del Derecho constitucional comparado" en "Lecturas sobre la Constitución española", cit., I, p. 19; Gómez-Reino, "Las libertades públicas en la Constitución" en "Lectu - ras sobre la Constitución española", cit., I, p. 58; Lu - cas Verdú, P., "Constitución española" edición comentada, cit., p. 135 y s.; Herrero de Miñón, "Les sources étran - gères de la Constitution" en *Pouvoirs*, núm. 8, PUF, 1979, p. 103.

369) Dice el número primero que "Cuando de acuerdo con la pre sente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser - restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso indivi - dual. Además deberá citar el derecho fundamental indican do el artículo correspondiente". Y añade el segundo apar tado que "En ningún caso un derecho fundamental podrá -- ser afectado en su esencia".

370) En el mismo sentido Rubio, F., "La Constitución como fun

mas de interpretación.

La importación de nociones jurídicas extrañas no siempre se realiza con plena fidelidad al modelo originario y, aunque así se pretenda por el legislador, es difícil obtener los mismos resultados por cuanto las instituciones pensadas para un determinado contexto jurídico-político pueden provocar efectos dispares en un marco constitucional distinto. Así sucede, a nuestro juicio, con la cláusula comentada. Del artículo 19, 2º de la Ley Fundamental de Bonn destacan dos cuestiones, a --saber: que la defensa del contenido esencial sólo entra en --juego cuando la ley tiene por objeto precisamente limitar o --restringir un derecho fundamental, objeto que por lo demás no puede aparecer en forma encubierta al exigir el número 1º que la ley cite el artículo correspondiente en el que se declara el derecho fundamental; y en segundo lugar, que esta norma sólo es relevante en relación a los derechos de libertad (371), que son la inmensa mayoría de los recogidos en el Título I de la Constitución alemana. Así pues, no toda ley que desarrolla un derecho fundamental puede enjuiciarse según el criterio --

te del Derecho" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 67.

371) En igual sentido, vid. Stein, E., "Derecho Político", --trad. de F. Sainz Moreno, nota preliminar de F. Rubio --Llorente, Aguilar, Madrid, 1973, p. 247. Sobre este tema en la Ley Fundamental de Bonn vid. también Krüger, H., --"Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz" en Deutsches Verwaltungsblatt, 1950, pp. 626-629; del --mismo autor, "Der Wesengehalt der Grundrechte i.S. des --Art. 19 G.G." en "Die Öffentliche Verwaltung", 1955, p. 597 y s.; Düring, "Der Grundrechtssatz von der Menschewürde" en Archiv des öffentlichen Rechts, 81, 1956, pag. 117 y s.; Haberle, P., "Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs 2 Grundgesetz", Karlsruhe, 1962.

del contenido esencial, sino únicamente aquella norma o aquellos preceptos que tienen por finalidad limitar la libertad, y ya hemos visto que esta función limitadora representa solo uno de los capítulos del largo proceso de desarrollo de los derechos. Por esa razón piensa Stein que no puede oponerse como causa de ilegitimidad de una ley la limitación del contenido esencial de la igualdad, ya que en rigor la ley no limita la igualdad sino que la concreta. La igualdad puede sin duda lesionarse cuando, por ejemplo, la ley establece distinciones según la raza, la religión, etc, pero ello no constituye propiamente una limitación de la igualdad como puede limitarse la libre expresión, "pues la vinculación jurídica de los particulares no limita los principios de la igualdad, sino que constituye precisamente el objeto de su regulación"(372).

El problema en el orden constitucional español presenta caracteres distintos. En primer lugar, porque el artículo 53 no hace alusión a las leyes que limitan derechos, sino más en general a todas aquellas que tienen por objeto su regulación, es decir que desarrollan las normas constitucionales en cualquiera de sus aspectos. Ello es importante porque mientras -- que en Alemania se produce sólo una vinculación que pudiéramos llamar negativa, en nuestro Derecho el legislador viene obligado a respetar ese contenido esencial siempre y en todo caso, aunque su actuación no tenga por objeto limitar o restringir, sino reglamentar el sistema de control, delimitar el haz de facultades que comporta el derecho, arbitrar procedi-

372) Stein, op. cit. p. 245.

mientos de garantía o incluso fomentar su ejercicio (373). Esta vinculación, que pudiéramos denominar positiva y que sin duda resulta más amplia (374) creemos que ofrece mayores dificultades en orden al control de la actividad del legislador, pues defender un derecho frente a la ley parece menos costoso que defenderlo también en la ley. Decidido cuál sea el contenido esencial, tarea nada sencilla como comprobaremos, el Tribunal Constitucional germano debe enjuiciar las leyes que pretenden restringirlo, que frusten las exigencias mínimas que la libertad comporta, en definitiva, que desvirtuen el derecho fundamental tutelado mediante la limitación de su ejercicio; en cambio, el enjuiciamiento que debe realizar el Tribunal español llega más lejos, en cuanto que el análisis no sólo debe alcanzar a las normas limitativas, sino que ha de extenderse también a todos los preceptos a fin de comprobar si la ley satisface o no ese contenido mínimo o esencial.

En segundo lugar, el problema se complica porque el catálogo de derechos afectados por la cláusula comentada es en el caso español más amplio y, sobre todo, porque su ejercicio no

373) En el mismo sentido, Sala Arquer, J.M., "Las bases constitucionales de la Administración del Estado: Ley y Administración en la Constitución de 1978" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., p. 1773 y s.; en especial, p. 1782-1783, vol. III.

374) En realidad, pudiera sostenerse la opinión contraria, si se interpreta que ley reguladora es sólo aquella que tiene por objeto específico establecer el régimen jurídico de los derechos fundamentales; y "ley que afecta" es aquella que incide de cualquier forma en el ejercicio de los derechos. No creemos, sin embargo, que este sea el sentido que debemos dar aquí a las expresiones comentadas. En este aspecto, señala García de Enterría que "sólo por ley..." debe entenderse como "cualquier regulación que atañe, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos fundamentales", Curso de Derecho Administrativo, I, p.223.

responde siempre al modelo de los llamados derechos de libertad, es decir, aquellos en los que el objeto de la regulación legal suele ser principalmente el establecimiento de límites, sino que incluye también otros derechos cuyo disfrute efectivo requiere una actuación positiva por parte de los poderes públicos, la organización de servicios, etc. ¿En qué condiciones hemos de considerar satisfecho el contenido esencial del derecho al trabajo?. Desde luego, no parece que baste la mera tolerancia o el reconocimiento de libertad para trabajar o para elegir oficio.

Las diversas consecuencias que propicia esta defensa del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento alemán y español tal vez esté motivada en la distinta idea que acerca de la función del Derecho y de la ley, que es el genuino Derecho moderno, ofrecen los textos fundamentales respectivos. El artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn parece concebir a la ley como una forma de intervencionismo dentro del recinto de la libertad, en defensa de los intereses estatales y en detrimento de los intereses privados; su concepción liberal no sólo se detecta en la naturaleza de los derechos protegidos, sino también en la forma de protegerlos. Este punto de vista parece avalado por la literatura científica y así Stein nos dirá que "cualquier limitación de un derecho fundamental en favor de los intereses estatales dificulta el logro de aquellos intereses particulares", de manera que "si la limitación va tan lejos que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental... tal limitación afecta a su contenido esen-

cial y es, por tanto, inconstitucional" (375); y Dürig, (376) explica que el artículo 19,2 tiene por finalidad impedir que el individuo quede convertido en mero objeto de la actividad estatal. De donde bien puede deducirse que los derechos fundamentales solo tutelan el interés particular y, sobre todo, que su violación o restricción sólo puede verificarse desde la -- perspectiva de los ajenos e impersonales intereses del Estado. ¿Acaso la sociedad civil no alberga peligros de no menor entidad?. Las leyes no sólo defienden intereses estatales, sino -- que también garantizan intereses particulares, por lo que si se tutelan los derechos fundamentales frente a la ley no cabe formular distinciones entre ambas clases de intereses, si es que en realidad es posible distinguir la naturaleza del interés protegido. En el fondo late la idea, tan querida al Derecho liberal, de que el Derecho privado expresa el orden racional de las cosas. En este sentido, Stark habla acertadamente de un pensamiento centrado en la idea de la ley como intervención y limitación y, refiriéndose al doble concepto de ley -- con posterioridad a 1919, afirma que "el Derecho era definido exclusivamente desde el punto de vista de la esfera jurídica de los individuos y de las personalidades jurídicas contrapuestas al Estado" (377), concepción no del todo superada por el constitucionalismo posterior a la última gran guerra.

No obstante, y aunque no compartimos la idea de que los -

375) Stein, op. cit., p. 249.

376) Dürig, op. cit., p. 136.

377) Starck, Ch., "El concepto de ley en la Constitución alemana", trad. de L. Legaz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 144.

derechos fundamentales sean el resultado de una lucha entre - intereses particulares y estatales, creemos que en el plano - jurídico, como veremos de inmediato, es un acierto de la Ley Fundamental de Bonn el haber referido la cláusula del contenido esencial sólo a los supuestos de limitación de los derechos -- chos. Tal vez esta forma de proceder venga motivada por esa - perspectiva liberal a que aludimos y que se justifica conci- biendo a los derechos fundamentales como una ausencia de re- glamentación jurídica y a la ley como necesario instrumento - restrictivo, pero lo cierto es que la fórmula del artículo 19 evita alguno de los problemas que ofrece en este punto la -- Constitución española. En este aspecto, no pueden olvidarse - los treinta años que separan a la Constitución española de la alemana y que si desde un punto de vista jurídico la fórmula de ésta puede plantear menor número de problemas, el precepto español se acomoda mejor a las ideas modernas y progresistas acerca de las funciones del Derecho.

Según creemos, el artículo 53,1º requiere una interpretación autónoma y no fiduciaria de la doctrina alemana, que debe tener en cuenta exclusivamente el orden constitucional español y la noción de Derecho avalada por el mismo. Como re- -- cuerden los autores, se ha importado la cláusula constitucional, pero sería poco afortunado mantener fidelidad a la interpretación del artículo 19,2º de la Ley Fundamental de Bonn, - al menos en torno a las cuestiones aquí planteadas. Será lícito mantener cualquier punto de vista acerca de lo que se haya querido tutelar con la cláusula comentada; el contenido esencial puede fijarse en los intereses perseguidos por el ejerci-

cio del derecho, en los valores representados por las libertades, etc. etc., pero, desde una perspectiva jurídica, estimamos que el artículo 53,1º se aparta del modelo germano en una cuestión principal como es la de la naturaleza de los preceptos sometidos a fiscalización, que no son sólo aquellos que restringen el ejercicio de los derechos fundamentales, sino en general todos los que regulan su régimen jurídico.

Ya busquemos el origen del problema en la idea de Derecho que ofrece nuestra Constitución, ya estimemos que se trata de una importación poco meditada, lo cierto es que la sustitución del verbo afectar, interpretado a la luz del apartado primero como restringir o limitar, por la expresión "podrá regularse", dificulta aún más la aplicación del artículo 53,1º, sobre todo si tenemos en cuenta la naturaleza de alguno de los derechos recogidos en el Capítulo II. Una cosa es que la regulación legal no puede afectar la esencia del derecho a la educación y otra distinta es que deba satisfacerlo, pues para respetar el contenido esencial de un derecho de esta naturaleza es preciso dar satisfacción a las exigencias que de él derivan y que, como es sabido, no son unas exigencias negativas sino positivas, que obligan a los poderes públicos a ofrecer unas determinadas prestaciones y, en consecuencia, obligan también al legislador a establecer las previsiones correspondientes.

No cabe duda de que el artículo 53,1º está animado por el loable propósito de lograr una más vigorosa protección de los derechos fundamentales, fortaleciendo los lazos de vinculación de la ley al texto constitucional, pero es al menos dis-

cutible que este propósito se haya conseguido plasmar en la norma. Ante todo surge el problema de la aparente desprotección en que quedan los derechos fundamentales recogidos en el Título I, pero fuera del Capítulo II, pues si las leyes que regulan las libertades integradas en este último deben respetar en todo caso su contenido esencial, ¿no cabría interpretar, a sensu contrario, que en los demás casos la normativa complementaria se halla exenta de cumplir con ese respeto?. Y sin llegar tan lejos, ¿de la lectura del artículo 53 no cabe deducir que el control de constitucionalidad de las leyes admite diversos grados de rigor, según que se trate o no del desarrollo de los derechos y libertades del Capítulo II?. El profesor Lucas Verdú parece defender la solución negativa y sin duda más conveniente (378), al menos en relación con la primera de las preguntas, pero creemos que los preceptos constitucionales no ofrecen ninguna base que permita extender la cláusula comentada más allá del Capítulo II, sino que por el contrario, en el peor de los casos, sólo puede operar efectos contraproducentes en la defensa de los derechos no recogidos en el mencionado Capítulo.

El argumento se podría llevar al absurdo, pues aunque la

378) "Cabe inferir, dice Lucas Verdú, que la legislación complementaria ha de respetar también la esencialidad de todos los derechos y libertades articulados en los demás capítulos del mencionado título", aunque no explica los motivos de este punto de vista ni los fundamentos de donde infiere tal conclusión. Vid. "Los Títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 2º monográfico, 1979, p. 9-38, en especial, p. 25.

naturaleza de ese contenido esencial permanezca en la nebulosa, parece admisible que si en el seno de los derechos y libertades puede hallarse un núcleo de esencialidad, puede encontrarse también una parte de accidentalidad (379); y si aquél debe respetarse en todo caso, de éste nada se dice. Como se ve, las consecuencias de este planteamiento, que luego rechazamos en base a una interpretación sistemática, no solo no ofrece ese "plus" de protección que inspira el artículo 53, sino que por el contrario dificultan la tutela de los derechos fundamentales.

Una vez más, creemos que el origen del problema debe buscarse en el verbo "regular" que utiliza el artículo 53,1º. En la Ley Fundamental de Bonn el tema se presenta más claro, pues no cabe duda que toda ley, cualquiera que sea su objeto, debe respetar el derecho fundamental declarado en la Constitución y debe respetarlo pura y simplemente, sin distinguir entre contenidos esenciales y no esenciales. ¿Qué significado tiene entonces el artículo 19? A nuestro juicio, dicho precepto su pone sólo que cuando la Constitución autoriza la limitación de un derecho por la ley, esa limitación no puede llegar al punto de afectar su esencia, pero cuando la ley tiene un objeto distinto al de la limitación lo que viene obligada a respetar es la norma constitucional sin más; por supuesto, no puede vulnerar la esencia del derecho, pero ello no sucede en --

379) Precisamente, y en su primera acepción, el adjetivo accidental se aplica a lo "que no es esencial". Admitiendo que lo esencial sea lo principal o más puro de una cosa, o sea, que no es la cosa toda, parece cierto que si los derechos gozan de un contenido esencial, ostentan también elementos accidentales.

virtud del artículo 19, sino en virtud del principio de constitucionalidad que impone el sometimiento a los preceptos de la Ley Fundamental; en definitiva, fuera de los supuestos de limitación, que lógicamente han de contar con cobertura constitucional (380), no se formula distinción alguna entre contenidos esenciales y no esenciales.

Todo derecho fundamental sufre cuando se le limita y tanto la Constitución española como la alemana prohíben que esa restricción pueda llegar a poner en peligro su esencia o su contenido esencial. Pero los preceptos que no establecen límites, sino que definen el derecho, especifican el haz de facultades que ofrece y las obligaciones que comporta para el Estado y para los particulares, que articulan un sistema de garantías, etc, etc., esos preceptos deben ajustarse a la norma constitucional declarativa del derecho, respetando su contenido plenamente y no sólo en su esencia. Pero la obligación contenida en el artículo 53 no se dirige sólo a los preceptos -- que limitan y que, por definición, han de restringir más o menos el contenido del derecho, sino a todas las leyes de desarrollo, de manera que todas han de respetar el contenido esencial, siendo así que, con excepción de las limitadoras, lo -- que deben respetar es el contenido pleno de las libertades reconocidas. No tiene razón sin embargo Lucas Verdú cuando, al analizar el artículo 53 de la Constitución, identifica esen -

380) Según el artículo 19,1º de la Ley Fundamental de Bonn, - "Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente".

cia y plenitud (381); por el contrario, la plenitud alude al -- todo y la esencia a una de las partes. Cuando el artículo 9,2º habla de remover los obstáculos que impidan o dificulten la -- plenitud de la libertad y de la igualdad no está pensando en -- el núcleo esencial e irreductible de estos valores, sino en su expansión progresiva. Cuando se limita o suspende parcialmente el ejercicio de un derecho fundamental, éste sigue existiendo, pero en sentido riguroso ya no puede calificarse su goce como pleno pues sufre una rebaja más o menos importante; en cambio, si un derecho es vulnerado en su esencia, no sólo pierde su -- plenitud sino que desaparece o modifica su naturaleza del tal modo que se convierte en algo diferente (382). De ahí el pro -- blema antes planteado: el artículo 53 distingue implícitamente entre un núcleo de esencialidad y otro que no goza de tal cali -- ficación, pero sólo protege el primero.

Naturalmente, una interpretación de esta naturaleza nos -- conduce a resultados que a todas luces traicionan el espíritu constitucional. A nuestro juicio, ni los derechos reconocidos fuera del Capítulo II se hallan mal protegidos por no gozar -- del amparo que ofrece el artículo 53,1º en orden a la defensa

381) "Aquí, pues, la esencia del derecho se identifica o al me -- nos se conecta estrechamente con su plenitud"; y más -- adelante enuncia lo que el citado profesor denomina prin -- cipios moduladores de la esencia y plenitud. Vid. "Consti -- tución española", edición comentada, cit., p. 137.

382) Piénsese en el artículo 17,2º; de la garantía que en él -- se reconoce gozan todas las personas en plenitud, o sea, con la plenitud que concede la norma constitucional. Sin embargo, quienes se vean afectados por la suspensión indi -- vidualizada de los derechos a que se refiere el artículo 55,2º sufren una restricción en su ejercicio de acuerdo -- con lo prevenido en la Ley de 1 de diciembre de 1980, por lo que ya no gozan de esa garantía en plenitud; y , sin --

del contenido esencial, ni existe un contenido accidental in-
mune al control de constitucionalidad de las leyes: el artícu-
lo 53 sólo puede analizarse a la luz de una reflexión global
sobre el concepto y el sistema de derechos fundamentales tra-
zado por nuestra Constitución. En este sentido debe retenerse
la declaración del artículo 10, 1º que califica los derechos -
de inviolables, el mandato del artículo 9, 1º (383) y, más es-
pecíficamente el principio general que encabeza los números 1º
y 3º del mismo artículo 53 (384). No cabe duda de que la clau-
sula comentada se orienta a reforzar la obligación del legis-
lador de someterse a la preceptiva constitucional, pero en mo-
do alguno puede interpretarse, a sensu contrario, como la jus-
tificación de una cierta tolerancia o flexibilidad por parte
del Tribunal Constitucional a la hora de juzgar la legitimidad
de una ley reguladora de uno de los derechos fundamenta-
les no incluidos en el Capítulo II o de un aspecto accidental,
es decir, no esencial.

Ahora bien, ¿en qué consiste el contenido esencial de los
derechos fundamentales?. La doctrina y la jurisprudencia ale-

embargo, no la pierden totalmente, pues la citada ley es-
tablece cierta protección, tal y como ordena la propia -
Constitución. ¿Se mantiene la esencia del derecho a que
la detención preventiva no dure más del tiempo estricta-
mente necesario para la realización de las averiguacio-
nes tendentes al esclarecimiento de los hechos?. Ello --
puede ser discutible, pero no cabe duda de que el conte-
nido esencial de la garantía comentada puede respetarse
incluso en supuestos de suspensión individualizada de de-
rechos; en cambio, lo que nunca podrá respetarse es su -
plenitud.

383) "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a -
la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

384) "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo se-
gundo del presente Título vinculan a todos los poderes pú-
blicos". "El reconocimiento, el respeto y la protección

manas se encuentran bastante lejos de la unanimidad y, desde luego, no creemos que pueda ofrecerse una respuesta totalmente satisfactoria y clarificadora. Ante todo, se plantea la -- cuestión de saber quién es el portador de ese contenido esencial, si los derechos fundamentales en un sentido plural o institucional o bien cada uno de ellos en particular, es decir, si existe un contenido esencial común y compartido por todos los derechos o, por el contrario, se acepta que cada libertad tiene su propio contenido. El artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, en su tenor literal, parece orientarse en el primero de los sentidos, pues está redactado en términos individualizadores: "En ningún caso un derecho fundamental podrá -- ser afectado en su esencia". Se habla de un solo derecho y la esencia se atribuye al mismo mediante el posesivo "su" (385). La cuestión en España parece más problemática, pues el contenido esencial no se refiere al derecho, en singular, objeto de regulación legal, sino a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. Tal vez por ese motivo Lucas Verdú parece inclinarse por una solución que pudiéramos llamar institucional, en el sentido de reconocer una esencia común a todos los derechos y libertades, esto es, la esencia de la categoría derechos fundamentales (386), que "radica en el libre -

de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva...".

385) Vid., no obstante, las consideraciones de Morelli, G., - "La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato Moderno. La legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana", Giuffrè, Milano, 1966, p. 129 y s.

386) El citado autor, al igual que Stein, parte de la consideración de los intereses protegidos por cada derecho, pero afirma seguidamente que, no son sino especificaciones, de un núcleo o esencia común a todos ellos, "Constitución española", edición comentada, cit., p. 136.

desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana como racionalidad y como sociabilidad" (387).

Creemos que existen motivos prácticos y teóricos que aconsejan este punto de vista. En primer lugar, el libre desarrollo de la personalidad y el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana no constituye el contenido de ningún derecho, sino la finalidad hacia la que se orienta su protección y ejercicio; en segundo lugar, insistimos en que plenitud y esencia no significan lo mismo, ni en el lenguaje vulgar ni en el jurídico. Por último, la solución ofrecida es poco clarificadora; si fiscalizar una ley tomando como criterio el contenido esencial de los derechos constituye una tarea compleja, enjuiciar las normas teniendo en cuenta si obstaculizan o no el pleno perfeccionamiento de la persona humana como racionalidad o sociabilidad parece labor vana. El propio Lucas Verdú debe entenderlo así cuando nos ofrece cuatro "principios moduladores" de la esencia y plenitud, a saber: el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la dignidad humana, la libertad personal y la participación. Como se ve, los principios moduladores pueden ser tanto derechos concretos (la vida) como principios que luego se despliegan en diversos derechos (la participación) como valores (la dignidad humana). Ahora bien si el derecho a la vida y a la integridad física y moral es un principio modulador de la esencia de los derechos funda-

387) "Los Títulos Preliminar y Primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales" cit., p. 25. Las tesis del profesor Lucas Verdú se asemejan bastante en este punto a las de Morelli, "La suspensión...", cit., p. 134.

mentales, ¿cuál es el contenido esencial del derecho tutelado en el artículo 15?. ¿La esencia del derecho a la integridad moral es el derecho a la integridad moral?.

A nuestro juicio, es preciso huir de soluciones trascendentes que pretenden hallar el contenido esencial de los derechos fundamentales fuera de ellos mismos, sobre todo si se -- utilizan criterios de naturaleza tan heterogénea. Los derechos fundamentales satisfacen una función, tutelan unos valores, -- persiguen unos fines vinculados a una cierta forma de concebir el mundo, es decir, a una ideología, pero la función, los valores y las ideologías están fuera del derecho: no son el -- derecho. El artículo 53 plantea un problema de naturaleza jurídica y, más concretamente, un problema de interpretación -- del Derecho positivo vigente. ¿Existe un contenido esencial -- propio de la categoría "derechos fundamentales"? Tal vez pueda especularse sobre ello, pero no parece relevante en la interpretación del artículo 53. La construcción de instituciones o de sistemas no es obra del Derecho positivo, sino labor de juristas; la categoría derechos fundamentales es el resultado de una abstracción que parte del análisis de un material jurídico, pero las leyes que desarrollen las normas constitucionales tendrán por objeto uno o varios derechos, pero no "los derechos fundamentales". El contenido esencial que eventualmente pueda vulnerarse será el de un derecho o tal vez el de todos y cada uno, pero no el de una categoría jurídica.

Por otra parte, el contenido de un derecho subjetivo está formado por el conjunto de facultades que comprende (388) o, --

388) Parece existir unanimidad en la doctrina acerca de esta cuestión. Puede discutirse si el contenido comprende la --

si se prefiere, diremos con Kelsen que "se designa la conducta de un individuo que corresponde a la obligación de otro, como el contenido de un derecho, como el objeto de una pretensión correspondiente a la obligación" (389); de manera que si se quisiese buscar el contenido de la categoría "derechos fundamentales" sería necesario sumar las facultades que otorga cada derecho, pues teniendo en cuenta que son de diversa naturaleza y objeto y que constituyen la nota distintiva de cada derecho, no parece posible hallar una síntesis, un contenido nuevo y sustancialmente distinto de aquellos que corresponden a cada derecho. Así, el contenido esencial de la categoría de derechos fundamentales estaría formado por una simple suma de facultades y no por ningún valor transcendente, por lo que parece más útil entender que el artículo 53 obliga a respetar el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos recogidos en el Capítulo II. La categoría derechos fundamentales carece de un contenido relevante, es decir, sustancialmente distinto del resultado que obtenemos sumando los diversos contenidos de cada derecho. Aunque el artículo 53, en su tenor literal, autoriza cualquier solución, estimamos que el --

potestad de hacer valer la facultad mediante la iniciación de procedimientos o la potestad para disponer del derecho, pero es indudable que alude a las facultades que otorga. Vid., a título de mero ejemplo, Ross, A., "Sobre el Derecho y la Justicia", trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 177-178 (1ª edición, Stevens & Sons, London, 1958); Lantilla, B., "Filosofía del Derecho", Ed. Universitaria de Antioquia, Medellín, Colombia, 1961, p. 211; Espín, D., "Manual de Derecho Civil español", Ed. Revista de Derecho Privado, vol. I, 3ª edición, Madrid, 1968, p. 175.

389) Kelsen, H., "Théorie pure du Droit", cit., p. 172.

contenido esencial debe referirse a los derechos concretos, ya que las facultades que comportan, esto es, su contenido, constituye una de las notas individualizadoras de cada derecho subjetivo, tal vez la principal.

Desde una perspectiva jurídica, probablemente la difícil -tad principal que presenta la cláusula comentada gire en torno al sustantivo "contenido", pues en la interpretación del calificativo esencial creemos que es más complicado eludir los juicios de valor y, por lo tanto, su delimitación doctrinal y jurisprudencial se verá impregnada de un número mayor de elementos ideológicos. Por ello, intentaremos primero aproximarnos a la noción de contenido para seguidamente procurar ofrecer algunas orientaciones sobre el adjetivo esencial.

En principio, no cabe duda de que el artículo 53 tutela el contenido de los derechos y libertades y no el contenido de -- las normas constitucionales que integran el Capítulo II. La -- distinción es necesaria e importante, porque teniendo en cuenta que la determinación del contenido de un derecho fundamental exige ante todo examinar la norma constitucional en que -- viene declarado, bien podía cederse a la tentación de confun-dir ambas cuestiones y proteger finalmente el contenido esen-cial de la norma y no el del derecho. De manera que la ley que regule un derecho fundamental deberá respetar la normativa constitucional y, además, el contenido esencial del derecho que -- constituye su objeto; un contenido que, como veremos, deberá -- obtenerse de la Constitución pero no siempre de su Capítulo II. La noción de "contenido" se define como "lo que se contiene en una cosa", lo que ciertamente no sirve de gran ayuda, aunque --

sólo sea por la dificultad de hallar el contenido de cosas in materiales como son los derechos. Desde un punto de vista jurídico, ya hemos adelantado que por contenido de un derecho entendemos el conjunto de facultades que comporta, otorgando a esta expresión un sentido amplio que nos parece perfectamente lícito y que se ajusta al espíritu del artículo 53,1º.

La Constitución española ha entendido la protección que ofrecía el artículo 19,II de la Ley Fundamental de Bonn mediante la sustitución del verbo **afectar**, al que como vimos se otorga un sentido restrictivo, por la expresión "podrá regularse". Sin embargo, el "contenido esencial" que figura en nuestro artículo 53 parece ^{más} limitativo que el término esencia, utilizado en el precepto alemán, pues si bien la noción vulgar de contenido es amplísima (lo que se contiene dentro de una cosa) su alcance jurídico se circunscribe a designar el conjunto de facultades que ofrece el derecho. En sentido jurídico, el contenido de un derecho no es el sujeto, ni el objeto, ni los procedimientos de tutela, etc. En cambio, todas estas cuestiones pueden ser esenciales y, sin duda se hallan tuteladas por la Ley Fundamental de Bonn. ¿Hasta dónde alcanza la protección ofrecida por el artículo 53,1º de la Constitución española?

Es discutible el sentido que deba reconocerse a la palabra "contenido" en el marco del artículo 53,1º, pues teniendo en cuenta la inspiración alemana del precepto, bien pudiera pensarse que nuestro legislador ha recogido su significado vulgar, que es amplísimo, pues en la Ley Fundamental de Bonn la esencia se atribuye al derecho, sin distinguir entre conte

nido, sujeto, etc., de manera que por contenido de un derecho se entendiese todo lo que se contiene dentro de él, es decir, no sólo la facultad específica que concede y que representa - su nota individualizadora. Sin embargo, también puede pensarse que en la interpretación de un texto legal o constitucional debe presumirse en principio la fidelidad al significado jurídico de las palabras (390) y que, por lo tanto, la expresión "contenido del derecho" no tiene más alcance que el an - tes enunciado. Esta segunda solución es aceptable siempre que, en un sentido amplio, el contenido incluye tanto la facultad específica que otorga el derecho como la potestad para hacer valer esa facultad mediante la iniciación de procedimientos - (391).

Así pues, y siguiendo el proceso de desarrollo legal de - los derechos, resulta claro que la defensa del contenido esen - cial puede eventualmente entrar en juego cuando la ley tiene por objeto cualificar las conductas amparadas por el título - derecho o libertad fundamental y lo hace excluyendo algunas - que deberían figurar, cuando se recoge una definición restric - tiva, cuando se imponen excesivas limitaciones al ejercicio o se arbitra un sistema de control sobre el mismo que lo desvir - túa en un régimen de autorización o censura previa o, en fin,

390) En realidad, no existe un lenguaje jurídico, sino más -- bien un uso jurídico del lenguaje ordinario. Vid. sobre ello, Visser t Hooft, "La philosophie du langage ordinaire et le droit" en Archives de Philosophie du Droit, vol. XVII, Paris, 1972, p. 275. En nuestro caso se trata de -- una delimitación jurídica de la noción "contenido del derecho subjetivo" que recoge matizadamente el sentido ordinario de la expresión "contenido de una cosa".

391) Ross, A., "Sobre el Derecho y la Justicia", cit., p. 177.

cuando no se respeta el sistema de fuentes establecido en la Constitución y se procede a una deslegalización de la materia (392). Si la ley tiene por objeto alguna de estas cuestiones no cabe duda de que puede ser fiscalizada a través de la cláusula del contenido esencial.

Naturalmente, para obtener el contenido esencial de un derecho será preciso examinar las normas constitucionales en -- las que aparecen declarados y en las que se prefigura su régimen jurídico, integradas principalmente en el Capítulo II del Título I. Sin embargo, el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II no siempre aparece enunciado en ese Capítulo y por eso anteriormente distinguíamos entre derechos y normas, insistiendo en que el contenido protegido es el de aquéllos, aunque para obtenerlo sea -- preciso analizar éstas. La solución contraria, además de no -- guardar fidelidad al tenor literal del artículo 53,1º, provoca la gravísima consecuencia de excluir del contenido esencial nada menos que los procedimientos de garantía, en cuanto que se hallan enunciados fuera del Capítulo II: la tutela jurisdiccional del artículo 53 y la protección parlamentaria a través del Defensor del Pueblo del artículo 54. Que estas cuestiones forman parte del contenido de un derecho subjetivo es indudable a la vista de la definición antes propuesta ((393).

392) Ello sucedía, por ejemplo, en el artículo 34, apartados 2 y 3 b) de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, que remitían la regulación del derecho de asociación en el ámbito escolar al reglamento de régimen interior; preceptos que fueron declarados inconstitucionales y nulos por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1981, suplemento al número 47.

393) Es más, para Kelsen el derecho privado subjetivo en sentido técnico se define como "un poder jurídico conferido

La potestad de iniciar un procedimiento para la obtención de tutela constituye un elemento accesorio de la facultad principal, de manera que si aquélla se fruste, ésta se transforma en pretensión vana. El hecho de que esa potestad no constituya, en principio, una nota específica de cada derecho, sino que es compartida por todos o por un grupo no supone que su regulación no afecte al contenido esencial de cada derecho; por el contrario, vulnerar el contenido esencial del recurso de amparo supone vulnerar el contenido esencial de todos los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II, así como en los artículos 14 y 30 (objeción de conciencia).

En este aspecto, debe retenerse que el artículo 53,1º no pretende la defensa del contenido esencial de los derechos subjetivos, sino de los derechos fundamentales; y precisamente los especiales procedimientos de tutela constituyen una de las notas más características de la categoría "Derechos fundamentales"; estos se individualizan dentro del ordenamiento jurídico frente a los demás derechos principalmente por gozar de un sistema de protección más vigoroso. El hecho de que el sistema de garantías aparezca reconocido en sus líneas generales en el Capítulo IV del Título I no debe representar ningún obstáculo a la tesis aquí sostenida. El artículo 53,1º no define el contenido esencial, pero tampoco indica el cómo y dónde -- puede obtenerse, ya que la alusión al Capítulo II se relaciona únicamente con los derechos y libertades que son objeto de

al individuo para hacer valer mediante una acción en justicia la inejecución de una obligación jurídica existente en su favor", *Théorie pure du Droit*, cit., p. 194.

esta defensa frente a la ley, pero no con su contenido esencial. Ciertamente, el método jurídico nos exige examinar en primer lugar las normas declarativas del Capítulo II, pero na da obliga a circunscribir el análisis a esos únicos preceptos. Naturalmente, siempre dentro de los límites del Derecho positivo, pues no parece factible hallar el contenido esencial de los derechos fundamentales desde perspectivas metajurídicas que pretenden trascender a la norma y fundarse en la naturaleza humana o en el orden racional de las cosas; pero además, aunque ello fuese posible, sería un esfuerzo inútil por falta de reconocimiento en el Derecho positivo, que no acepta otros derechos y libertades que no sean los declarados en sus nor mas, y precisamente con el contenido en ellas enunciado.

Ahora bien, si para obtener la noción positiva de los derechos fundamentales o para delimitar su contenido hemos de analizar, en el plazo doctrinal, todo el conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico, a los efectos prevenidos en el artículo 53,1º, debemos detenernos principalmente en el texto constitucional y, a la vista del artículo 28,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, también en -- las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales. El motivo es que hasta cierto punto repugna aceptar una fiscalización sobre leyes que tome como criterio de control una noción jurídica (el contenido esencial) definida en normas que son también de categoría legal (394) o incluso inferiores

394) Esta es una cuestión que afecta de modo principal a los derechos recogidos en la Sección 2ª del Capítulo II, pues, según nuestro criterio, los de la Sección 1ª son los úni cos que se hallan bajo la reserva de ley orgánica.

(395). La esencia no trasciende a lo jurídico, sino que ha - de entenderse dentro de los límites del Derecho, lo que quiere decir que cuando el contenido esencial aparece en la Constitución puede ser modificado mediante una reforma constitucional y cuando se obtiene de la ley puede cambiarse mediante una ley posterior; al menos esta parece ser en principio la - solución más correcta, una vez que hemos renunciado a buscar el contenido esencial de los derechos en una instancia metajurídica, aunque, como veremos inmediatamente, debe ser rechazada en lo que se refiere a la ley. Ciertamente, el criterio jerárquico de resolución de antinomias puede ceder ante el criterio de especialidad, de manera que el contenido prefigurado en una ley que tenga por objeto la regulación del régimen jurídico de un derecho fundamental prevalecería sobre otra posterior que, con un objeto de regulación principal distinto, - afectase al contenido del derecho.

Pero estas consideraciones no pueden solucionar la cuestión planteada, pues aquí el problema no consiste en resolver antinomias, dando preferencia a unas leyes sobre otras en el examen del problema concreto, sino en fiscalizar la actuación del legislativo, evitando que se vulnere el contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que supone la expulsión del ordenamiento jurídico de la ley inconstitucional. Lo

395) En relación con las normas de categoría inferior a la ley, el problema parece, no obstante, académico, ya que en la práctica el contenido esencial de los derechos fundamentales del Capítulo II deberá obtenerse de aquellas normas que regulan su régimen jurídico, es decir, a la vista de los artículos 53 y 81, de las leyes, orgánicas u ordinarias.

que sucede es que, según el artículo 27,1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, éste "garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad -- con ella...", y en verdad no parece muy ortodoxo que dicho -- Tribunal busque el contenido esencial de un derecho fundamental en un texto de rango legal, ya que entonces utilizaría un criterio vedado. Parecería, en consecuencia, que ese contenido, a reserva de lo estipulado en el artículo 28,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sólo puede obtenerse de la Constitución.

Este punto de vista según el cual el contenido esencial -- de los derechos fundamentales debe buscarse en la preceptiva constitucional, pese a su aparente sencillez formal, no parece aceptable. Por otra parte, presenta importantes dificultades que, en algún caso, harían imposible la aplicación del artículo 53,1º.

En efecto, como señala Predieri (396), el artículo 53 contiene un reclamo explícito a nociones fundadas en el Derecho preexistente a la Constitución y que vienen asumidas por ésta como límite a la acción legislativa. Ese reclamo a una determinación exógena supone "que algunas normas se atribuyen a -- una fuente que estaríamos tentados de definir como colateral respecto a las fuentes reguladoras de tales materias, según -- la reserva establecida por la Constitución". Es más, en cierto modo la cláusula del contenido esencial equivale a la cons

396) Predieri, A., "El sistema de las fuentes del Derecho" en "La Constitución española de 1978." Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, p. 196-197.

titucionalización de nociones y conceptos jurídicos tradicionales, lo que presenta el riesgo de propiciar una interpretación conservadora de los derechos fundamentales. Bien es cierto que, según el artículo 3,1 del Título Preliminar del Código Civil, las normas se interpretarán de acuerdo con "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas", de modo que si aceptamos, como debemos aceptar, que los derechos fundamentales se transforman en el devenir histórico, la consideración de su "contenido esencial" ha de proyectarse en el momento concreto de su aplicación. Pero, en todo caso, no puede ocultarse que el obligado respeto al contenido esencial como un deber distinto o cualificado del respeto "ordinario" que se debe a todo precepto constitucional, puede resultar perturbador y, posiblemente, un obstáculo al dinamismo del ordenamiento en materia de libertades.

Debe insistirse, sin embargo, en que la recepción de nociones ajenas al texto fundamental debe ser excepcional, aunque sólo sea porque es lógico suponer que la Constitución ha incorporado en su preceptiva lo que, a su juicio, hay de esencial en cada uno de los derechos y libertades. Por eso, en muchas ocasiones es la propia Constitución quien se encarga de delimitar con más o menos detalle el contenido de un derecho, como sucede con la libertad sindical del artículo 28,1; otras veces, esa labor no es necesaria, pues la norma constitucional hace referencia a una realidad exterior precisa y determinada, no a una noción jurídica, como, por ejemplo, la integridad física. En estos casos no parece que sea necesario acudir a las leyes o, en general, al ordenamiento preconstitucional

para delimitar el contenido de un derecho.

Sin embargo, algunos preceptos constitucionales reconocen derechos que hacen referencia a conceptos jurídicos, como la propiedad, la herencia, las fundaciones, et., con la particularidad de que esas nociones no aparecen definidas en la Congtitución. ¿Cómo obtener el contenido esencial del derecho a la propiedad privada o a la herencia sin consultar el Código Civil?. Tal vez en estos supuestos pudiera hablarse de una -- cierta constitucionalización de leyes ordinarias, en cuanto -- que algunas definiciones recogidas en ellas van a servir de -- criterio para enjuiciar la legitimidad de otras leyes poste -- riores. Naturalmente, no todos los preceptos del Código Civil que tratan sobre la herencia pueden integrarse en la noción -- de contenido esencial, pero ello plantea el problema de dis -- tinguir dentro del contenido lo que es o no esencial, cues -- tión de la que nos ocuparemos más adelante.

En puridad creemos que sólo figuradamente cabe hablar de una constitucionalización de leyes ordinarias, pues lo que -- existe en realidad es un precepto constitucional, el artículo 53, 1º, que remite a otro precepto, el artículo 21 sobre el de recho de reunión o el 33 sobre el derecho de propiedad, que -- recogen una noción sin definirla; esta clase de normas es muy numerosa, ya que lo habitual es que las palabras usadas en la Constitución, y en cualquier otro texto jurídico, provengan -- del lenguaje vulgar y conserven en líneas generales su significado ordinario (397). Por eso, ante todo debe primar el --

397) En el mismo sentido, Sainz Moreno, F., "Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa", - Civitas, Madrid, 1976, p. 97 y s.

principio de inteligibilidad del Derecho (398), de manera que el intérprete buscará el significado más razonable de las palabras contenidas en la ley fundamental. Cuando exista una de finición legal es preciso suponer que las nociones se utili - zan por la Constitución con el significado jurídico preciso - que se desprende del texto legal, al menos cuando se trata de conceptos jurídicos arraigados en el mundo del Derecho; así - sucede con la propiedad, la herencia y con otros conceptos -- análogos, que tienen un significado jurídico bien conocido y así debemos admitir que la Constitución entiende por propie - dad el derecho de gozar y disponer de una cosa, no porque lo diga el artículo 348 del Código Civil, sino porque es la no - ción comunmente aceptada; de igual forma, el intérprete acudi - rá al Derecho comparado e internacional, a la literatura cién - tífica o al significado vulgar para definir conceptos como "ob - jeción de conciencia", "cláusula de conciencia", "confesión", etc., sin por ello suponer constitucionalizada la opinión de los autores o las normas de Derecho extranjero. Se trata de - la recepción material de ciertas definiciones legales, concep - tos del lenguaje ordinario o puntos de vista científicos, no de la remisión formal a los mismos. En definitiva, la cues - tión se resuelve en un problema de interpretación constitucio - nal. Una ley que modifique el contenido esencial del derecho de propiedad, suprimiendo por ejemplo la facultad de disposi - ción, será ilegítima no por modificar el artículo 348 del Có - digo Civil, pues el precepto constitucional no es una norma -

398) Vid. Sainz Moreno, op. cit., p. 98.

que remita al viejo Código, sino porque debe suponerse que el precepto del artículo 33 entiende por propiedad el derecho de goce y disposición; esto es, porque hemos de suponer que la Constitución ha hecho recepción de la noción corrientemente admitida de propiedad.

Ahora bien, que en numerosas ocasiones sea preciso consultar la normativa inferior no supone que perdamos de vista el principio de jerarquía a la hora de delimitar el contenido y, sobre todo, a la hora de adjetivarlo con el calificativo de esencial. Es verdad que la Constitución no define algunos derechos, pero eso no quiere decir que debamos admitir sin más el contenido que cabe deducir de los Códigos decimonónicos. La afirmación creemos que tiene una importante transcendencia práctica, pues la Constitución ha modificado, a veces en un sentido restrictivo, la noción que nuestro ordenamiento jurídico tenía en algunos derechos fundamentales. Así sucede con la propiedad privada, que precisamente ha sido objeto de controversia en la doctrina alemana en relación con el alcance del artículo 19,II (399). Según nuestro artículo 33,2º "la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes", lo que supone nada menos que el contenido del derecho de propiedad tal y como aparece en los artículos 348 y siguientes del Código Civil puede delimitarse, o sea, limitarse, en atención a su función social. Es más, ¿acá so la expropiación forzosa, que encuentra cobertura constitucional en el artículo 33,3º no constituye una negación del --

399) Morelli se hace eco de esta polémica, resumiendo los diversos puntos de vista, op. cit., p. 135-136.

contenido esencial de la propiedad privada?. Ciertamente, el contenido esencial relevante para el artículo 53,1º no puede dejar de considerar estas correcciones a los viejos conceptos jurídicos.

Por otra parte, y aún en el supuesto de que la Constitución ofrezca algunas orientaciones, conviene recordar que el material jurídico del que cabe deducir el contenido esencial de los derechos fundamentales no se agota en el texto constitucional, sino que se prolonga en una categoría normativa especial que cierra el sistema constitucional español más allá de la ley fundamental (400). Nos referimos a las leyes orgánicas, de cuya naturaleza y características como norma peculiar de desarrollo de los derechos fundamentales nos ocupamos más adelante, pero en relación con las cuales conviene aquí recordar el artículo 28,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el Tribunal Constitucional "podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-Ley, Decreto Legislativo... en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido". Se crea de esta forma lo que pudiera llamarse un bloque de constitucionalidad, ya que en el enjuiciamiento de las leyes no sólo se pretende garantizar la primacía de la Constitución, sino que también indirectamente se quiere preservar el contenido de las leyes orgánicas que la -

400) En este sentido, De Esteban-López Guerra, "El régimen constitucional español", cit., vol. I, p. 267-268.

desarrollan. El precepto transcrito plantea infinidad de problemas que veremos en el momento oportuno; baste ahora decir que, de acuerdo con él, el contenido esencial de los derechos fundamentales declarados en la Sección 1ª del Capítulo II debe buscarse de modo principal en la Constitución y en las leyes orgánicas, que representan una especie de interpretación auténtica de los preceptos de aquélla.

Así pues, la obtención del contenido de un derecho fundamental deberá ajustarse al siguiente proceso de análisis. Primero, es necesario comprobar si la Constitución o las leyes orgánicas delimitan el contenido del derecho declarado. En segundo lugar, procede examinar el resto del ordenamiento jurídico, si se trata de una noción que tenga un significado propio en el mundo del Derecho, o bien indagar el alcance jurídico de aquellas nociones que hacen referencia a situaciones de hecho y que no aparecen definidas en ninguna ley. Finalmente, será menester analizar de nuevo el texto constitucional por si fuera necesario proponer alguna matización al resultado obtenido.

Como es lógico, no todo el contenido puede calificarse como esencial, pero antes de examinar el alcance del adjetivo, conviene preguntarse si realmente todo lo esencial puede hallarse integrado en el contenido. Veíamos en páginas precedentes que el contenido de un derecho designa el conjunto de facultades que comporta, pero por mucha amplitud que concedamos a esta expresión parece que no logra cubrir toda la estructura del derecho y que existen elementos de esencialidad fuera del contenido. Nos referimos concretamente al aspecto subjeti

vo, pues no cabe duda de que en nuestra Constitución una de las características de los derechos fundamentales es su universalidad: todos tienen derecho, se garantiza la libertad, los ciudadanos tienen derecho... Y esa universalidad forma parte de la esencia, aunque no propiamente del contenido de los derechos fundamentales (401). ¿Cómo proteger mediante la cláusula del artículo 53,1º los aspectos esenciales de naturaleza subjetiva?. Tal vez pudiera intentarse una mayor ampliación de la noción "contenido", identificándola con "estructura esencial", pero tal proceder parece poco ortodoxo desde la teoría general del Derecho y, además, no parece necesario forzar hasta ese punto los preceptos constitucionales.

A nuestro juicio, el problema debe resolverse a través de la igualdad jurídica tutelada en el artículo 14. Señala Stein (402) que la ley no limita la igualdad sino que la concreta y que por lo tanto no es aplicable el artículo 19,II para la defensa del contenido esencial de la igualdad (403). En España, no hablaríamos de límites, sino de regulación, pero en cualquier caso nos parece muy discutible que el artículo 53,1º no sea aplicable a la igualdad. Ya sabemos que estamos ante un derecho fundamental peculiar, que es un modo de ser de los di

401) Piénsese, por ejemplo, en una Ley de asociaciones que prescribiese: "Podrán constituir asociaciones todos los españoles varones, mayores de 30 años, que carezcan de antecedentes penales y acrediten profesar la religión católica". Aquí propiamente no se establece ningún límite objetivo al derecho de asociación, pues su contenido, es to es, las facultades que comporta pueden ser tan amplias como se quiera; pero sin embargo la hipótesis comentada vulneraría sin duda la esencia del derecho de asociación.

402) Op. cit., p. 245.

403) En contra, Mangoldt-Klein, "Das Bonner Grundgesetz", Berlín, 1955, p. 561; cit. por Morelli, op. cit., p. 137.

versos derechos subjetivos y cuya tutela no puede pretenderse aisladamente, sino con motivo de la privación o de la restricción de un derecho o bien jurídico. Por eso, el supuesto ahora contemplado cuadra perfectamente con la noción que hemos sostenido de la igualdad. El elemento que en un derecho o libertad calificaríamos como sujeto o aspecto subjetivo, desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad constituye un contenido. De ahí que en el ejemplo que acabamos de indicar a propósito del derecho de asociación, se declararía la inconstitucionalidad del precepto por vulnerar el contenido esencial, pero no del derecho de asociación, sino de la igualdad tutelada en el artículo 14.

De esta forma, puede concluirse que la protección que ofrece el artículo 19,II no es más amplia que la reconocida en nuestra Constitución. Esta cubre toda la estructura del derecho subjetivo fundamental, bien directamente mediante la defensa del contenido, bien indirectamente a través del aspecto subjetivo, que es el contenido de la igualdad.

Hemos procurado orientar acerca de los elementos que comprende el contenido de un derecho, así como del proceso de análisis jurídico que, en principio, debe seguirse en la obtención de ese contenido en cada derecho concreto. Pero, ¿cómo conocer el núcleo esencial de ese contenido?. Tal vez en este punto sea útil analizar las soluciones que ofrece la doctrina alemana (404).

Una primera postura sostiene la relatividad del concepto de esencia, de manera que la declaración de inconstitucionalidad

404) Vid. Stein, op. cit., p. 247 y Morelli, op. cit., p. 130 y ss.

dad de la ley, se supone siempre que limitativa, exige una --
previa ponderación de los bienes tutelados: de un lado, el de
recho, evaluando la gravedad de su restricción y, de otra par
te, la ley, juzgando el fundamento y los fines por ella perse
guidos. En consecuencia, procederá declarar la violación del
contenido esencial cuando la ley haya limitado el ejercicio -
del derecho con más rigor del que era requerido por las cir -
cunstancias (405). Desde esta perspectiva, la defensa del con
tenido esencial se transforma en una confirmación del princi-
pio de proporcionalidad (406).

Esta tesis parece poco afortunada, pues si alguna afirma-
ción se puede hacer con seguridad en relación con este problema
es que el contenido esencial constituye el reforzamiento -
de un principio de intangibilidad o, como dice el artículo --
10,1², de inviolabilidad de los derechos fundamentales. Que -
estos pueden limitarse ya fue previsto por la Constitución, -
al mencionar determinados valores o finalidades que autorizan
tal limitación. De acuerdo con el principio proporcionalidad,
la ley será constitucional cuando los sacrificios que imponga
sean los estrictamente necesarios para satisfacer el bien ju-
rídico en cuyo nombre se autoriza la restricción, por lo que
en teoría bien pudiera llegarse a la supresión de un derecho
cuando concurren determinadas circunstancias. Precisamente, -
el artículo 53,1² viene a impedir este resultado: por muy --
loable que sea el fin perseguido y por muy ajustados que sean
los medios que se utilizan, procede declarar la ilegitimidad

405) Esta tesis fue sostenida por una sentencia del Tribunal
Supremo Federal de 25 de enero de 1953.

406) Vid. Dürig, op. cit., p. 135.

de la ley que vulnere el contenido esencial del derecho; es - decir, éste es un valor absoluto, que no se define en cada su puesto de hecho en función de los medios y de los fines.

Conviene, no obstante, precisar esta afirmación. Ante todo, que sea absoluto no quiere decir que se sitúe por encima de las contingencias del Derecho positivo y, por lo tanto, -- que sea factible alcanzar un conocimiento de lo esencial fuera del ordenamiento jurídico. Precisamente, la esencia se define, en una de sus acepciones, como "lo permanente e invariable en una cosa", pero lo cierto es que el contenido esencial de los derechos fundamentales es tan relativo y mudable como pueda serlo la existencia e interpretación de las normas que les proclaman y regulan. En consecuencia, la idea de lo que - es esencial en un derecho goza de una cierta fijación o permanencia, pero en modo alguno es inmutable. Constituye en la -- práctica una opinión más o menos contingente acerca de aque - llos elementos que se supone definen la naturaleza del dere - cho.

En segundo lugar, que sea un concepto absoluto no implica que podamos delimitarlo de una vez y para siempre en relación con cada derecho. El motivo es que el contenido esencial no - está formado por facultades intangibles, pues, en principio, todas ellas pueden regularse y, por lo tanto, ser objeto de - limitación. La ilegitimidad de la ley vendrá dada entonces -- por el grado de la limitación. Hasta cierto punto, la norma - puede restringir las actividades de alguna clase de asociacio - nes, pero a partir de un cierto grado de restricción cabe en - tender afectado el contenido esencial del derecho. Lo que su -

cede es que ese grado no puede delimitarse a priori. No caben tampoco soluciones discrecionales: el contenido esencial o se vulnera o se respeta, de manera que del examen de la ley y -- del derecho subjetivo sólo cabe obtener una única solución -- justa.

No obstante, la cuestión no se plantea de igual forma en todos los derechos; es evidente, por ejemplo, que la regula - ción de la cláusula de conciencia admite numerosas posibilida des, de manera que la tutela del contenido esencial es un pro blema de grado, de dilucidar a partir de qué instante la dis crecionalidad del legislador termina por vulnerar el derecho. En cambio, la esencia del derecho proclamado en el artículo - 15 de la Constitución se presenta en términos más absolutos, en el sentido de que el contenido del derecho se reduce casi a una sólo facultad y comporta una sola obligación, y enton - ces una parte muy sustancial del contenido puede calificarse de esencial; se impone la obligación de respetar la integri - dad física de todas las personas, y esta obligación no admite grados. Ciertamente, el ordenamiento jurídico puede justifi - car en ocasiones los ataques a la vida o a la integridad fís i ca (v. gr. legítima defensa, estado de necesidad), y sin duda podría plantearse un problema de desamparo de estos derechos que afectase a su contenido esencial; pero, en líneas genera - les, creemos que aquí la discrecionalidad del legislador es - menor que en aquellos derechos que comportan numerosas facul - tades y que se integran en relaciones jurídicas de una supe - rior complejidad.

Por ello, tal vez sea más práctico proponer unas orienta-

ciones negativas con el fin de obtener en cada caso el alcance del contenido esencial, en el sentido de entender violado un derecho fundamental, procediendo la aplicación de la cláusula del artículo 53,1º, siempre que tras la regulación legal no quede casi nada del derecho subjetivo (407). La esencia se define como la naturaleza de las cosas, de manera que si esa naturaleza se modifica el derecho deja de existir o se transforma en algo distinto. El contenido esencial de los derechos fundamentales debe considerarse vulnerado cuando la regulación legal desvirtúa en tal grado alguno de sus elementos que o bien deja de ser el derecho proclamado en la Constitución o bien merece perder el calificativo jurídico de fundamental.

Ciertamente, no es fácil ofrecer orientaciones seguras -- acerca de lo que es esencial, pero lo que sí parece que podemos afirmar es que no todos los elementos que componen el derecho son esenciales. Igualmente, es lícito suponer que los elementos esenciales han sido incorporados al texto constitucional o, al menos, que éste ofrece criterios seguros a la hora de obtenerlos. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Constitución ofrece una protección general de los derechos fundamentales, ¿qué sentido tiene proteger su contenido esencial?, ¿para qué ofrecer esa protección mínima que sólo entra en juego cuando se vulnera la esencia del derecho, o sea, cuando de él no queda casi nada?.

¿Era verdaderamente necesario reforzar esa obligación general de respeto a la Constitución?. A nuestro juicio, debe contestarse en sentido negativo: la defensa del contenido --

407) Vid. Durig, op. cit., p. 135.

esencial resulta superflua desde un punto de vista teórico y seguramente origen de innumerables problemas prácticos (408). Desde el momento en que la Constitución garantiza los derechos fundamentales frente a la ley mediante la afirmación de la supremacía de la norma fundamental y mediante el recurso de inconstitucionalidad, es evidente que esos derechos quedan protegidos en su contenido esencial. Porque debe notarse que el artículo 53 no amplía la obligación general de sometimiento, sino que la refuerza al tiempo que la reduce; la refuerza por su mera existencia, por el hecho mismo de recordar que la ley debe respeto a los derechos fundamentales declarados en la Constitución; y la reduce al referirse sólo al contenido esencial y no a la plenitud del derecho. Cuando se vulnera la esencia de un derecho éste deja de existir o se convierte en algo distinto y, en consecuencia, la violación de la norma constitucional aparece clara y evidente; pero eso no hacía falta decirlo. De haberse querido reforzar la defensa de los derechos fundamentales, lo que no era imprescindible aunque tal vez sí conveniente, creemos que el artículo 53 debería haber sustituido la idea de esencialidad por la de plenitud.

El reconocimiento de un contenido esencial supone implícitamente la aceptación de un contenido accidental y ya vimos, y rechazamos en base a una interpretación sistemática, las graves consecuencias que, a sensu contrario, podían obtenerse de la cláusula comentada. Esta plantea dificultades y, en cambio, ofrece escasas ventajas, pues análoga garantía puede con

408) En igual sentido E. v. Hippel, "Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte", Berlín, 1965, p. 19; cit. por Morelli, op. cit., p. 126.

seguirse a través de otros preceptos constitucionales inequívocos.

En la protección de toda norma constitucional, y en la del derecho en ella declarado, cabe formular una distinción entre intensidad y amplitud. La primer alude al vigor con que aparezca el principio que legitima la fiscalización, a la eficacia de los medios o, procedimientos que arbitre, etc.; la amplitud se refiere al objeto del control, al catálogo de conductas, normas en este caso, susceptibles de control (409). - Pues bien, la cláusula del artículo 53,1º hubiese fortalecido la protección de los derechos fundamentales frente a la ley, lo que insistimos en que no era imprescindible, si apareciese proyectada en la doble dimensión enunciada: en intensidad, reforzando el principio general de sometimiento de las leyes reguladoras de los derechos fundamentales a la Constitución; y en amplitud, extendiendo la protección a todos los elementos que componen el derecho, a todos los ámbitos en que incide su ejercicio o, al menos, a los más importantes.

En todo caso, cabe reconocer que la defensa del contenido esencial tiene una utilidad política o psicológica al recordar al legislador y al juez que los derechos fundamentales protegen un núcleo irreductible de libertad y de igualdad que no puede menoscabarse en nombre de ninguna razón de Estado, y -- que cuadra perfectamente con el vigoroso calificativo de "in-

409) Así, por ejemplo, el artículo 2º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa excluía del ámbito de la jurisdicción las cuestiones de índole civil, los actos políticos, etc. Tal exclusión no afecta a la intensidad o vigor de la fiscalización jurisdiccional sobre la Administración, sino a su amplitud.

violables" que figura en el pórtico del Título I. Y, en segun do lugar, creemos que también puede constituir una barrera a la interpretación legal de los derechos fundamentales, que re fuerza en este punto las funciones del Tribunal Constitucio - nal, en cuanto que el "contenido esencial" puede convertirse en un parámetro para juzgar la constitucionalidad de las le - yes lo suficientemente amplio como para asegurar por parte -- del Tribunal que la actividad legislativa respeta los dere -- chos fundamentales tal y como aparecen enunciados en la Cons - titución.

VIII. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY.

Los derechos fundamentales pueden entenderse fuera de la Constitución, pero históricamente resultan inconcebibles al margen de la ley, del concepto moderno de ley como expresión de la voluntad general y del orden racional de las cosas. La libertad, jurídicamente articulada en los derechos del hombre, es un valor presocial, que se posee en el estado de naturaleza y que se alinea en el cuerpo social para recibir, precisamente a través de la ley, una libertad nueva, más rica, capaz de transformar al hombre en un ser social o sea, moral (Rousseau); o bien la libertad se configura, junto con la propiedad que es una forma de libertad, como un derecho natural que se organiza y articula mediante el pacto social para así obtener, no una libertad nueva, sino su más eficaz protección --- (Locke). No insistiremos más en una cuestión ya tratada en --- las primeras páginas de este capítulo, pero nótese que en --- cualquiera de las versiones reseñadas el resultado es idéntico: el sacrificio de la libertad sólo puede pedirse en nombre de la ley o, más exactamente, sólo es legítimo cuando viene impuesto por la ley, fiel expresión de aquella voluntad general depositaria de los derechos naturales confiados al cuerpo social.

En la idea liberal, que concibe los derechos fundamentales como una ausencia de reglamentación, de forma que basta declararlos para que existan, el principio de legalidad no plantea ningún problema ulterior. Podrá discutirse la eficacia de las garantías, el control sobre la Administración o, en

fin, el ámbito preciso de la materia "derechos fundamentales", pero de lo que no cabe ninguna duda es que su regulación se - inscribe en el ámbito de la limitación de la esfera privada y, por lo tanto, pertenece en exclusiva al dominio de la ley. En este aspecto, resulta indiferente acudir a la dualista Constitución francesa, heredera del viejo constitucionalismo germánico, que examinar la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución española. Si por algún sitio comienza la reserva de ley es, sin duda, por la libertad y la propiedad.

Ciertamente, y hablamos siempre dentro de los esquemas de un Estado de Derecho, existiría una hipótesis más teórica que real en la que los derechos fundamentales podrían verse privados de la tutela de la ley. Nos referimos al supuesto de legalidad mínima al que aludía Merkl (410) como fórmula más corriente y problemática del principio de legalidad y que se concreta en la primacía o preeminencia de la ley, esto es, en el -- principio de jerarquía normativa. Desde esta perspectiva, la legalidad queda satisfecha cuando ninguna norma o actuación - infringe los preceptos de la ley vigente, pero sin que ésta - goce de un ámbito material de reserva ni constituya fundamento obligado de cualquier actividad estatal. Como indicaba -- Merkl (411), "la fórmula del principio de legalidad "dentro - de los límites de las leyes" es la expresión más característica de una Administración alegal". En este supuesto, sólo cabría la reserva formal, es decir, la congelación de rango en

410) "Teoría General del Derecho Administrativo", 1927; cito por la edición castellana de la Editora Nacional de México, 1980, p. 215.

411) op. cit., p. 216.

cuya virtud la modificación o derogación de un precepto se rige por el principio de contrarius actus. En otro caso, es decir, en ausencia de ley, los órganos del Estado y en concreto la Administración cuentan con un principio de legitimidad suficiente para dirigir los "negocios públicos" con la misma libertad y las mismas ataduras que los particulares dentro del orden jurídico privado y, al igual que estos, son libres allí donde no existe ley (412). Como ha señalado Garrorena en dos estudios recientes (413), detrás de esta versión del principio de legalidad se esconde un esquema dual de legitimidad -- propio de las monarquías limitadas germánicas del siglo XIX -- en las que el principio monárquico, autosuficiente en si mismo, veíase limitado por el principio democrático asentado en el Parlamento.

Lo cierto es que ni siquiera desde esa perspectiva el -- principio de legalidad se reduce a la simple "no contradic - ción", es decir, a la simple primacía de la ley, sino que se complementa con una más o menos amplia reserva material de -- ley. Históricamente, el principio de legalidad no se vincula tanto a la ordenación jerárquica de diversos productos normativos cuando a la división competencial, entre otros motivos porque en la monarquía el rey es fuente casi exclusiva del Derecho estatal y los Parlamentos no se configuran como institu - ciones permanentes, sino como asambleas que se reservan la facultad de aprobar determinadas decisiones de especial trans -

412) Vid. sobre esto Stark, op. cit., p. 384 y s.

413) "El Estado español como Estado social y democrático de Derecho", Universidad de Murcia, 1980, p. 131 y s.; "El lugar de la Ley en la Constitución española", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 17 y ss.

cendencia y, sobre todo, el régimen tributario (414). Lo que quiere indicarse es que en el origen del principio de legalidad éste no se define tanto en función de la dialéctica Ley-Reglamento (415), como una exigencia de sometimiento de la norma inferior a la superior lógicamente coextensas (416), si no que más bien supone una limitación al poder del monarca -- que se manifiesta en la reserva parlamentaria de un cierto número de cuestiones importantes. El principio de legalidad surge así como una legalidad tributaria y como una legalidad penal (417) que, merced a una teorización general por parte de los juristas alemanes de finales del XIX "van a abstraerse para concluir generalizándose en la propiedad y en la libertad" (418). A la Corona, léase hoy Administración o poder ejecutivo

- 414) Vid. Jellinek, Teoría General del Estado, cit. p. 237 y s. y 429 y s.
- 415) Esta dialéctica es propia del Estado de Derecho y precisa la formal separación de poderes. Aunque el origen de ésta se confunda con el del principio de legalidad, en tendido como supremacía, y con el de reserva, lo cierto es que inicialmente, por esa ausencia de separación formal, el principio de legalidad se concreta mas en la reserva que en la supremacía o preeminencia. Vid. Bassi, -- Il principio della separazione dei poteri (evoluzione e problematica), Rivista trimestrale Diritto Pubblico, --- 1965, p. 17 y s. Vid. también Troper, "La separation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française". --- L.G.D.J., París, 1980.
- 416) El principio de jerarquía supone que diversas normas pueden regular la misma materia, pues de lo contrario existe una división competencial.
- 417) Vid., por ejemplo, el artículo 39 de la Carta Magna(1215): "Ningún hombre libre será detenido ni preso... a no ser por un juicio legal de sus iguales y por la ley del país", es decir, por el Derecho feudal, paccionado. Vid. sobre la interpretación de la "ley del país", Ullmann, W., -- "Principios de gobierno y política en la Edad Media", Revista de Occidente, trad. de G. Soriano, Madrid, 1971, p. 154 y s.
- 418) García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", I., p.158. Vid. también, Jesca, D., "Ley y Administración" IEA, Madrid, 1978, p. 149 y s.

vo, le corresponde gobernar, pero dentro de ciertos límites; son los límites de intervención, que en principio se circunscriben a la libertad y a la propiedad (419) y que suponen la existencia necesaria de una ley formal que regule estas materias. Aquí la ausencia de legalidad no supone libertad, sino ilegalidad. Se trata, por otra parte, de una reserva que puede ser tan intensa como se quiera; esto es, puede admitirse la regulación administrativa de los aspectos residuales, siempre con cobertura legal, o bien puede exigirse incluso que la ley agote por completo la materia.

Así pues, por escasa que sea la amplitud e intensidad del principio enunciado es evidente que al menos implica la primacía de la ley en todo caso, salvo el supuesto especial de la Constitución francesa, que reserva determinadas cuestiones al reglamento lo que hace inconstitucional la ley que pretenda regularlas, y la reserva material en favor de las libertades. Ese es el contenido mínimo del principio de legalidad y, por lo tanto del Estado de Derecho, de manera que si la regulación de los derechos fundamentales no se atribuye al órgano legislativo que encarna el principio democrático, ya sea en exclusividad o como simple precedencia o primariedad, parece difícil seguir hablando de un verdadero Estado de Derecho. Ahora bien, ¿de qué derechos fundamentales?.

Hemos visto que la idea liberal del Derecho que concibe principalmente a éste en su función garantizadora y represora se acomoda a una concepción de los derechos fundamentales co-

419) Vid. la crítica, que se adelanta en muchos años a su época, de Merkl, op. cit., p. 217.

mo ámbito de la autonomía privada y, por lo tanto, a la norma jurídica como interferencia en esa autonomía. Si la norma es interferencia parece claro que debe entrar en juego la llamada reserva de intervención, es decir, aquella que constituye el contenido mínimo del principio de legalidad. Nuestra Constitución garantiza esta reserva en el artículo 53,1º: "...Sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...", con la particularidad muy destacable de que en el Capítulo II se recogen ciertos derechos que no se ajustan al esquema formal propio de la noción liberal, lo que supone una ampliación importante en orden a interpretar el alcance del principio de legalidad en nuestra Constitución.

Sucede, sin embargo, que el concepto moderno de derechos fundamentales ha superado el marco tradicional de los llamados derechos de libertad, exigiendo en ocasiones el comportamiento positivo de los poderes públicos y singularmente de la Administración prestadora de servicios. Aquí ya no puede aceptarse sin más la reserva de intervención porque en principio no se incide en la propiedad o en la libertad o, al menos, tal incidencia resulta discutible.

En consecuencia, el examen del principio de legalidad y de la reserva o reservas de ley en nuestra Constitución desde la perspectiva de los derechos fundamentales, requiere un doble análisis. En primer lugar, y a fin de dilucidar el problema en relación con los derechos y principios rectores contenidos en los Capítulos I y III del Título I, será necesario preguntarse si nuestra Constitución circunscribe el principio de reserva a determinadas materias o si, por el contrario, acoge

la noción de reserva total al estilo, por ejemplo, del artículo 18,1º de la Constitución austriaca o también, según algunas interpretaciones, del 20,3 de la Ley Fundamental de Bonn. En este segundo supuesto se impone además investigar el sentido que puedan tener las numerosas reservas específicas designadas a lo largo de la Constitución y, muy particularmente, - en el Título I. Por último, y tras la necesaria distinción entre forma y valor de ley, el examen del principio de legalidad exige delimitar el alcance y naturaleza de las relaciones entre Ley y Reglamento.

Como es sabido, nuestros constituyentes renunciaron, aunque no sin ciertas dudas iniciales, al establecimiento de una cláusula de reserva material en favor de la ley, al modo por ejemplo del artículo 10 de la antigua Ley de Cortes, e incluso de un ámbito de reserva reglamentaria, según modelo de la Constitución gaullista (420). Sin embargo, las alusiones a la ley en nuestra Constitución son numerosísimas y, aunque parecen no tener el mismo alcance en todos los casos, cabe deducir que existe un catálogo, no codificado pero sí bastante amplio, de materias que se reservan a la ley, es decir, según - define Mayer (421), que excluyen la iniciativa del ejecutivo para los objetos especialmente señalados. Desde esta perspectiva, es claro que no puede sostenerse la presencia en nues -

420) Sobre el proceso constituyente vid., Garrorena, "El lugar de la ley en la Constitución española", cit., p. 47 y s. Vid. también Díez Moreno, F., "La reserva reglamentaria y la Constitución española" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 623 y s.

421) "Derecho Administrativo alemán", I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 98.

tra Constitución de una reserva total; existe sólo una reserva parcial, o sea, una verdadera reserva (422).

Ahora bien, en estas condiciones, ¿qué suerte corre el principio de legalidad en relación con las materias^{no} reservadas?. La respuesta a esta pregunta depende del concepto que tengamos del principio de legalidad y de la reserva de ley y, más concretamente, de su relación. Si suponemos que enuncia la reserva, el círculo de la legalidad administrativa se circunscribe al ámbito marcado por aquella, la respuesta ha de ser necesariamente pesimista, pues ello "significa limitar el campo de vigencia del principio de legalidad a una fracción de la Administración" (423), lo que tiene la importante consecuencia de transformar a la Administración en una fuente jurídica independiente, con legitimidad propia, o sea, alegal (424). Por el contrario, si consideramos que en el Estado de Derecho diseñado por la Constitución la legalidad es un principio indiscutible, ilimitado en su extensión y, en consecuencia, no vinculado a la suerte de la reserva o reservas de ley, la cuestión quedará centrada en sus términos y no será necesario forzar ninguna interpretación a fin de demostrar que nada existe en Derecho anterior a la ley. A nuestro juicio, legalidad y reserva constituyen círculos concentricos (425) que pueden llegar a coincidir, lo que será necesario

422) Cuando la reserva se califica de total no parece muy conveniente utilizar esta expresión, que parece requerir como contrapunto el establecimiento de un ámbito no reservado a la ley.

423) Merkl, op. cit., p. 218.

424) Merkl, op. cit., p. 136.

425) En sentido análogo, Baena de Alcázar, M., "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", I, cit., p. 281 y s, en especial, p. 291.

sario demostrar sin presunciones fundadas en consideraciones metajurídicas, pero que normalmente ocupan espacios de amplitud diversa. El principio de legalidad supone que la Administración nada puede al margen de la ley vigente o, mejor dicho, que ha de actuar conforme a la ley. Aunque luego hemos de ocuparnos con más detenimiento del tema, conviene decir ahora -- que la aceptación, hoy general, de la vinculación positiva -- (positive bindung) no exige reconocer la reserva total si por ella entendemos la precisa orientación material de la ley en todas las cuestiones. Vinculación positiva supone sólo cobertura legal, es decir, engarzamiento claro de los productos -- normativos, inexistencia de un espacio vacío (426). La reserva implica, porque si no carecería de sentido, una "vinculación más fuerte": la Administración sólo puede intervenir en una materia si la ley lo autoriza y en la medida precisa en -- que lo autorice, siempre que según la Constitución ello sea posible. Por otro lado, como veremos, la reserva puede perseguir diversas finalidades.

En el fondo, creemos que se trata de una cuestión de gra-

426) Lo que sucede es que esta doctrina de origen kelseniano se puede llevar mucho más allá de sus límites originales de manera que la inicial vinculación formal se transforme en directiva material. Un gran administrativista de la escuela de Viena escribía: "...para el imperio del -- principio de legalidad basta también con la existencia -- de un solo precepto legal para que la actividad administrativa sea reconocida como legal y atribuida al Estado. El principio de legalidad, así entendido, se emancipa -- completamente del "contenido" (subrayado en el texto) de las actividades administrativas...", Merkl, op. cit., p. 221. Compárese ese texto con el siguiente de la Ley Fundamental de Bonn: "El Gobierno Federal... podrán ser autorizados mediante ley a dictar decretos (los llamados -- reglamentos jurídicos o normativos). En la ley deberá de terminarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada".

do o intensidad. Como veremos, puede sostenerse que la Administración debe actuar conforme a la Ley, bien extendiendo el alcance del principio de reserva o bien atribuyendo un nuevo sentido al principio de legalidad, lo que parece más adecuado para delimitar mejor la naturaleza de las reservas específicas. Porque si hay algo claro en este capítulo es que la vinculación ley-reglamento no tiene siempre la misma intensidad y, por ello, lo verdaderamente importante será delimitar el grado de concreción de los apoderamientos.

La Constitución ha otorgado un apoderamiento global para el ejercicio de la potestad reglamentaria (artículo 97) que se rodea de límites y cautelas, en especial la mención de que dicha potestad debe actuarse "de acuerdo con la Constitución y las leyes" (*intra leges*). Ahora bien, ¿cabe admitir los reglamentos independientes o "*praeter legem*"?

Es esta una cuestión fundamental que debe resolverse a la luz del Derecho positivo, sobre todo del texto constitucional, y en la que no existe acuerdo doctrinal, ni en el método ni en los resultados; esa falta de acuerdo también existía en el régimen de las Leyes Fundamentales (427), pero, por lo visto, la nueva Constitución no ha sido capaz de poner de acuerdo a

427) Vid. como estudios significativos: García de Enterría, - Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", I, cit., pp. 127, 153 y s. y 247 y s. de la segunda edición (1975); Villar Palasí, "Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas", Madrid, 1968, p. 273 y s. y 363 y s.; Gallego Anabitarte, "Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental", I.E.A., Madrid, 1971, Clavero Arévalo, "¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho español?", R.A.P., num. 62, p. 9 y ss.; Fernández Carvajal, R., "La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España", R.E.P., núm. 169, p. 63 y ss.

la literatura científica, entre otros motivos porque en este tema la exégesis dogmática aparece teñida, si cabe, de un mayor número de elementos y "prejuicios" ideológicos.

En efecto, la tensión democracia rousseauniana -monarquía limitada se halla en el fondo de la polémica y, lo que es más grave, se utiliza explícitamente con el mismo alcance y legitimidad que los argumentos jurídicos. Desde este punto de vista, existiría una perfecta simetría entre los modos de organizar el poder y la reglamentación del sistema de fuentes; a -- los regímenes de legitimidad dual, esto es, a las monarquías limitadas o a las repúblicas presidencialistas, corresponde -- ría un ejecutivo limitado por el principio democrático, pero no sometido a él, es decir, un reglamento independiente cuya libertad de acción sólo se vería restringida por la reserva -- de ciertas materias (libertad y propiedad) en favor de la ley (428). Por el contrario, en los sistemas parlamentarios la Administración quedaría íntegramente sometida a la ley, fuente única de las determinaciones primeras, de manera que el Reglamento deviene inconstitucional si carece de una mediación legal que legitime su existencia.. La tesis ha sido sostenida a partir de una investigación rigurosa y se expresa en términos contundentes: "... la Monarquía constitucional... se ha transformado decisivamente. En consonancia con nuestra hipótesis -- metódica, esta transformación ha de conducir a una alteración de fondo del principio de legalidad" (429). Esta hipótesis me

428) Vid. sobre el fundamento del Reglamento y su evolución -- histórica, Mortati, "Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità", Milano 1964, p.34 y ss; Cheli, "Potere regolamentare e struttura costituzionale", Milano, 1967.
429) Jesch, op. cit., p. 219.

tódica, que representa una politización del sistema de fuentes (430) ha sido recogida en España por Garrorena, para quien "es posible distinguir -por referencia al complejo de legitimidades implicadas causalmente en su base- dos sistemas dis - tintos de estructuración del poder, en cuya prolongación se - sitúan, a su vez, dos modos simétricamente diferentes de en - tender la dimensión y el alcance del principio de legalidad" (431).

Ciertamente, en líneas generales esta conclusión es bas - tante razonable, pero sólo como resultado de un análisis de - Derecho histórico y comparado, es decir, con un valor descrip - tivo de los fenómenos jurídico-políticos. Lo que no se puede pretender de una "verdad científica" es que tenga además va - lor normativo. Si Jesch tiene razón será porque del concreto análisis constitucional de los preceptos que organizan el sis - tema de fuentes cabe obtener una confirmación de la regla in - dicada, pero no a la inversa. Probablemente, el principio de legalidad de la monarquía limitada se ha transformado en la - República Federal o en España. ¿Pero qué carácter tiene hoy - el principio de legalidad?. Según la "hipótesis metódica" cri

430) Que la organización del sistema de fuentes responde a un principio de distribución del poder no es discutible, pero si lo es, y mucho, que la interpretación jurídica deba forzarse en atención a consideraciones políticas. Vid. sobre nuestra "hipótesis metódica" las páginas iniciales del capítulo.

431) "El Estado español como Estado social y democrático de - Derecho", cit., p. 132. Un planteamiento análogo en Sala Arquer, "Las bases constitucionales de la Administración del Estado: Ley y Administración en la Constitución de - 1978" en "la Constitución española y las Fuentes del De - recho", cit., p. 1773 y s. (vol. III), en especial, p. - 1787.

ticada estamos ante una laguna (432) que se colma mediante un proceso de análisis de la función del principio en el sistema de legitimidad dualista para seguidamente contemplar la nueva estructura del poder y buscar una nueva función, es decir, -- una conexión entre democracia parlamentaria y principio de legalidad. Esto lo puede hacer el legislador, pero no el intérprete cuando examina el concreto alcance de las instituciones.

La Constitución reconoce el principio de legalidad, pero no lo define, por lo que su naturaleza y alcance deberá obtenerse del texto constitucional. Ahora bien, no de su significación política, sino jurídica; en este plano, el examen se dirige a la individualización de las normas que componen el sistema de fuentes, constatando su valor y, en la medida de lo posible, su ámbito material obligado o autorizado. La investigación no busca una explicación causal ni una justificación teleológica, sino la caracterización del instituto. Sabemos que el principio de legalidad, que nuestra Constitución incorpora con carácter general y especifica en varios pasajes, supone vinculación a la ley, pero las condiciones e intensidad de esa vinculación, debe rastrearse a lo largo de todo el texto fundamental.

Pero si el intérprete invoca principios generales que necesitan una precisión concreta en cada ordenamiento jurídico, como el principio democrático o el monárquico, se abandonan los presupuestos del trabajo jurídico, y entonces, como ha dicho Starck en su crítica a Jesch, "su aportación irracional como intérprete impone su primacía" (433).

432) Jesch, op. cit., p. 79 y s.

433) Starck, op. cit., p. 397.

La prueba de lo que decimos es que del análisis de la democracia parlamentaria pueden deducirse conclusiones diversas acerca del principio de legalidad; es un error suponer que su naturaleza constituya un elemento accesorio de la estructura de poder, que pueda obtenerse mecánicamente del examen de esta última. En primer lugar, esta perspectiva política, que solo sería lícito utilizar para confirmar el análisis normativo, parece olvidar que la verdadera norma primaria no es la ley, sino la Constitución y que ésta organiza el sistema de fuentes con autonomía, al menos relativa; o sea, que dentro de la misma estructura constitucional caben modalidades diversas. En este sentido, debe recordarse que según la legitimidad dual el monarca no recibió sus poderes de la Constitución, sino que los conservó, como legitimidad histórica, de los tiempos del absolutismo (434); de manera que la propia Constitución se configuraba como límite al monarca, un límite que se había de prolongar en la ley (libertad y propiedad). Otra cosa muy distinta sucede en el sistema democrático: la Constitución es el fundamento del legislativo y del ejecutivo. Este ya no se encuentra limitado "ad extra" por la Constitución, sino amparado y legitimado en ella, por lo que su vieja legitimidad independiente ha desaparecido. Hoy el ejecutivo ostenta una legitimación democrática que no es sustancialmente distinta de la que representa el Parlamento, aunque sí mediatiza

434) Sobre la naturaleza y contenido del Derecho del monarca, vid. las interesantes páginas de Gerber, "Diritto pubblico", trad. italiana de P. Lucchini de "Geber öffentliche Rechte" y "Grundzüge des Deutschen Staatsrechts", Giuffrè, Milano, 1971, p. 47 y s. Vid. también, Jellinek, "Teoría General del Estado", cit., p. 507 y s.; Hintze; "Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung" en "Staat und Verfassung", "Göttingen, 2ª ed., 1962, p. 359 y s.

da y menos intensa (435). En definitiva, del principio democrático, hoy único origen de legitimidad, puede derivar también esta consecuencia: "Toda vez que la Administración ya no es patrimonio del Monarca ni queda al margen de la influencia parlamentaria, sino que es dirigida por el Gobierno parlamentario..., no pueden subsistir serias objeciones democráticas contra una cierta autonomía de la Administración por - que también ésta, de modo indirecto, está legitimada democráticamente" (436).

Como es lógico, en el fondo de la argumentación de Jesch y de los autores españoles que mantienen una postura análoga existe el convencimiento de que el Parlamento y la Ley constituyen los medios más idóneos para defender las libertades. Ya hemos expresado algunas objeciones a este punto de vista en el excursus sobre la crisis de la ley, pero aunque sin duda sea aceptable en relación con el poder ejecutivo, en ocasiones se expresa con un vigor tan extraordinario que eleva el principio de legalidad a unas cimas de perfección y majestuosidad que, al margen de disfigurar su verdadero alcance, sólo puede servir para relajar la vinculación, no a la ley, sino a la Constitución. Así cuando, con ciego jurisdicismo, afirma Jesch que "a este debilitamiento del Ejecutivo corresponde un fortalecimiento del Parlamento" (437). Es verdad -- que el Gobierno nace del Parlamento, o sea, del principio de

435) Predieri habla de una "derivación popular de segundo -- grado", op. cit., p. 181.

436) Bullinger, M., "Vertrag und Verwaltungsakt", Stuttgart, 1961, p. 94, cit., por Starck, p. 396.

437) Jesch, op. cit., p. 220.

mocrático, y que sólo puede subsistir si cuenta con mayoría - en la Cámara, pero ¿acaso a partir de ese instante el Grupo - Parlamentario del Gobierno no se transforma en un mudo ejecutor de los deseos de éste?. Por supuesto, ello no nos autoriza a infravalorar el principio de legalidad ni el sometimiento del Gobierno al Parlamento, pero es necesario precisar que las leyes que se imponen y limitan la acción del ejecutivo -- son dictadas con su consentimiento e impulso en la mayor parte de las ocasiones. Hoy la defensa jurídica de las libertades se articulan principalmente en la Constitución, que vincula a todos los poderes del Estado.

Pero las consecuencias de la nueva estructura constitucional y del transformado principio de legalidad no terminan -- aquí. Seguidamente, como un Rousseau redivivo, Jesch afirma: "Ya no hay sociedad sin Estado, ni el Estado puede ser ya concebido sin la sociedad. La sociedad se ha apoderado ya de la totalidad del aparato estatal" (438). Se ha cumplido, pues, el ideal marxista de la disolución de la sociedad civil en la sociedad política (o a la inversa) (439), mediante el pleno sometimiento de la Administración a la ley, expresión de una voluntad general al parecer no mediatizada y que, como en el filósofo ginebrino, no puede ser injusta consigo misma (440).

Por nuestra parte, desde premisas constitucionales obtenemos resultados más modestos. En primer lugar, y cualquiera -- que sea el alcance del principio de legalidad, debe afirmarse

438) Jesch, op. cit., p. 222.

439) Vid., por ejemplo, la "Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel", cit., p. 145 y s.

440) Vid. Rousseau, "Contrato Social", II, 6, cit, p. 432..

que en España no existen reglamentaciones independientes, si ello supone la existencia de espacios vacíos que son llenados por normas administrativas, ya que lo impide el principio de constitucionalidad. Lo que más llama la atención de la monarquía limitada no es el papel de la ley, sino precisamente el de la Constitución, que aparece como un límite externo a la legitimidad histórica e independiente del monarca. Hoy es indudable que todos los poderes encuentran su legitimidad en la Constitución y que ni el Parlamento ni el Gobierno gozan de espacios vacíos. Es verdad que el texto constitucional no resuelve todas las cuestiones relevantes para el Derecho, pero, al margen de que sí orienta sobre bastantes, contiene una serie de principios que, por genéricos que sean, vinculan siempre y en todo caso al legislador y al Gobierno. La Constitución no es sólo la "norma normarum", que organiza el sistema jerárquico de fuentes; ante todo, es una norma con eficacia inmediata que ofrece criterios materiales, que predetermina en parte el contenido de la normativa inferior. Sus preceptos no obligan al Reglamento a través de la ley, sino con independencia de ésta (441). La Constitución no autoriza un "non liquet", pues en ella deben hallarse directivas para cualquier reglamentación y, ante todo, contiene una habilitación global en su artículo 97: el Gobierno ejerce la función reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

441) En el fondo, y aunque no se diga explícitamente, en la preocupación por fortalecer el principio de legalidad parece latir la idea de que la ley constituye una media acción imprescindible para traducir al lenguaje reglamentario los mandatos constitucionales, o sea, la idea de que esos mandatos, al menos los que no son de organización de los poderes públicos, obligan únicamente al legislador.

Hechas estas consideraciones, que se fundan en la propia preceptiva constitucional (442), no es lícito pensar en un ámbito exento en favor del Gobierno y de la Administración. Cualquiera que sea el papel de la ley, a nuestro juicio esencial, debe insistirse en que toda actuación administrativa se halla sometida a la Constitución, no sólo porque en ella se legitime, sino porque debe perseguir las finalidades previstas en su texto y, en definitiva, respetarlo escrupulosamente en todos sus elementos, aun en el supuesto de ausencia de media ---ción legal. Desde esta perspectiva, el principio de legalidad adquiere una nueva dimensión, tal vez menos radical, pero que no disminuye su eficacia pues ahora no se trata tanto de buscar una conexión formal que salve la unidad del sistema jurídico, cuando de precisar el grado de concreción del apodera ---miento legal, es decir, la fuerza de la vinculación de la Administración a la ley, toda vez que ya ha quedado claro que ---aquella no goza de espacios exentos ni de legitimidad originaria. La ley es la determinación central, pero no primaria, ---pues la voluntad general encarna y cristaliza ante todo en el texto constitucional, de manera que el sómetimiento a sus decisiones se logra concretamente a través de la ley, pero siempre y en todo caso a través de la Constitución.

Así pues, al margen de la estructura constitucional, dato importante y orientativo pero carente del valor que se le ha querido reconocer, ¿cual es el alcance del principio de legalidad de la Administración? ¿en qué grado se halla ésta some-

442) Vid., por ejemplo, arts. 9, en especial los núms. 1º y 3º; 10, 1º; 53, 1º y 3º; 97; 103, 1º y 2º; 106, 1º, etc.

tida a la ley?. A tal fin, se impone examinar la concreción - del principio de legalidad en relación con el Gobierno y la - Administración y, en segundo lugar, indagar el alcance de las varias reservas que contiene nuestra Constitución.

Según el artículo 97 el Gobierno ejerce "la potestad re - glamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes". A -- nuestro juicio, este precepto satisface una doble función; de un lado, despeja toda duda acerca del fundamento de la potes - tad reglamentaria, que no es otro que la propia Constitución, por lo que no cabe sostener la existencia de un poder inheren - te a la naturaleza de la función ejecutiva o administrativa. Y, en segundo lugar, establece el marco general en que se de - desenvuelve esta potestad, a saber: la propia Constitución y -- las leyes, con lo que se confirman los principios de constitu - cionalidad y legalidad.

No creemos, sin embargo, que a la vista del artículo 97 - pueda exigirse una habilitación legal específica siempre y en todo caso (443) aunque tampoco pueda aceptarse la tesis con - traria de que exista un espacio de discrecionalidad en rela - ción con la política interior y exterior, con la Administra - ción civil y militar y la defensa del Estado (444). El artícu

443) En contra Garrorena, "El lugar de la ley en la Constitu - ción española", cit., p. 100. También Sánchez Morón argu - menta sobre la base del art. 97 para defender que la ac - ción administrativa sólo es correcta cuando "existe una previa habilitación legal y tan solo en la forma y para los fines que explicita o implícitamente se determinen - en la norma legal habilitante", "Notas sobre la función administrativa", en "La Constitución española de 1978", bajo la dirección de A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, p. 601 y s. (p. 630).

444) En defensa de la doctrina del acto político, Alzaga, op. cit., p. 615. Vid. la crítica de Peces-Barba. "La Consti - tución española de 1978", cit. p. 82. Vid. también, Gar -

lo 97 lo que exige es una actuación administrativa sometida a la norma fundamental y a las normas primarias, es decir, el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero no la necesidad de habilitaciones específicas (445).

En este sentido, debe retenerse que el precepto comentado no utiliza la locución "sobre la base de una ley" o como dice el artículo 80,1º de la Ley Fundamental de Bonn, "el Gobierno ... podrán ser autorizados mediante ley a dictar decretos", - añadiendo seguidamente que dicha ley deberá determinar el contenido, objeto y alcance de la autorización. El artículo 97 - exige únicamente el acuerdo con la Constitución y las leyes - (446), lo que ciertamente es algo más que el mero respeto. Por ello, entendemos que la interpretación más razonable nos debe hacer rechazar, de una parte, la exigencia de habilitaciones específicas, y, de otro lado, la mera vinculación negativa, - de manera que el reglamento se entenderá viciado cuando infringe el ordenamiento jurídico, pero también cuando no satisface las orientaciones y directivas que establezcan las leyes (447). Por supuesto, se requiere siempre una cobertura legal, por lo que la norma reglamentaria, de manera más o menos ex -

cía de Enterría, "La lucha contra las inmunidades de poder", cit., p. 50 y s.

- 445) En este sentido, Baena de Alcazar, op. cit., p. 304 y -- Bassols, M. "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., I, p. 315 y s., en particular, p. 335; Gómez-Ferrer, R. op. cit., p. 120 reconoce un ámbito propio y específico de la potestad reglamentaria, pero de carácter residual.
- 446) Nótese que se utiliza el plural "leyes", de manera que - comprende todo el bloque de normatividad superior.
- 447) Problema distinto es el de la fiscalización a partir de estos criterios positivos.

plícita, deberá buscar un punto de conexión con la legalidad, pero sin que ello suponga mecánica ejecución a partir de una ley habilitante concreta y determinada.

Esta vinculación positiva, entendida en la forma indicada, constituye una exigencia del Estado social y democrático que ha propiciado en nuestra Constitución un concepto nuevo de Derecho, superador de la idea meramente garantizadora y represora, de forma que hoy el ordenamiento jurídico promueve ciertas conductas con una amplitud e intensidad antes desconocida, y también procura directamente la prestación de determinados bienes y servicios. El problema no debe centrarse en la dialéctica legislativo versus ejecutivo, pues, como escribe Peces-Barba, "las funciones propias del ejecutivo han crecido - pero no necesariamente en detrimento del legislativo - que también las aumenta- sino por el aumento general y por la ampliación de las funciones del Estado" (448). Por ello, el respeto a la Constitución y a las leyes resultaría insuficiente si se circunscribiese a la simple ausencia de infracción; su plenitud requiere además el sometimiento pleno, el acuerdo, esto es, la satisfacción de las finalidades previstas en la normativa superior. Como veremos, esta interpretación adquiere todo su sentido a la luz de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero ello no implica la necesidad de una habilitación legal específica que concrete el objeto, contenido y alcance de la autorización (449), aunque naturalmente en el re-

448) Vid. Peces-Barba, "La Constitución española de 1978", cit. p. 81.

449) Vid. en este sentido Bassols, op. cit., p. 337. Vid. también Mortati, op. cit., p. 792 y s.

glamento deberá aparecer clara la finalidad perseguida y los medios utilizados, que habrán de servir de criterio ante una eventual fiscalización jurisdiccional.

A nuestro juicio, el artículo 103,1º viene a confirmar la interpretación indicada cuando afirma que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales..., con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". La influencia del artículo 20,3º de la Ley Fundamental de Bonn es notoria y, al menos si éste se interpreta como expresión del renacimiento - del iusnaturalismo, también injustificada, pues ciertamente - en España no parecía lógica una reacción antipositivista cuando los textos del viejo régimen se hallaban repletos de invocaciones a la Ley de Dios y a diversos valores más o menos -- trascendentes y cuando en nuestras Universidades las postu - ras inequívocamente positivistas eran y probablemente siguen siendo minoritarias. Como en otros pasajes constitucionales, es de temer que, junto a la importación del precepto, renaz - can en España las interminables polémicas sobre su naturaleza y alcance (450). Por nuestra parte, estimamos que la ley y el Derecho deben entenderse aquí sencillamente como ordenamiento jurídico (451), un ordenamiento que es más amplio que el refe rido en el artículo 97, pues mientras éste alude a la pctes -

450) Nos remitimos en este punto a la síntesis de Predieri, op. cit., p. 239-40; vid. también una exposición más detenida en Forsthoff, "Il vincolo alla legge e al Diritto" en Stato di Diritto in trasformazione", Milán, 1973, p. 235 y s; Starck, op. cit., p. 61 y s; Morelli, op. cit. p. 143 y s.

451) En este mismo sentido, Sánchez Morón dice que "por Derecho ha de entenderse aquí lo que ha sido definido como - el bloque de legalidad, es decir, el conjunto de normas y preceptos que integran el ordenamiento jurídico", op. cit., p. 631.

tad reglamentaria, no sometida a los reglamentos precedentes, el artículo 103 tiene por objeto la actuación administrativa en general, que sí debe ajustarse a la normativa de la propia Administración, ya que ésta no es señora del Derecho (452), ni siquiera del crado por ella. En este sentido, y al margen de que la expresión nos parezca poco afortunada, no cabe duda de que extender el ámbito de la obligación de respeto más allá de la ley constituye un acierto (453). La actuación administrativa, para respetar los derechos fundamentales, debe ajustarse no sólo a la ley, sino también a sus propios reglamentos y, sobre todo, a los principios generales del Derecho, que ofrecen un criterio valiosísimo en orden al control jurisdiccional de las áreas de discrecionalidad, que en realidad dejan de serlo, y que de esta forma quedan constitucionalizados en su específica función de elementos orientadores de la actividad de la Administración. Finalmente, el sometimiento al Derecho supone también el respeto a las decisiones judiciales y, en especial, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, a los fines aquí perseguidos lo que importa destacar no es tanto el alcance de la expresión "ley y Derecho", cuanto la fuerza o intensidad de la vinculación, que según el artículo 103,1ª ha de ser plena ("sometimiento pleno").

452) Vid. García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades de poder", cit., p. 43 y s.

453) El sometimiento de la Administración al Derecho se proclamaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y se concretaba en su artículo 83,2 al considerar entre los vicios del acto administrativo "cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

¿En qué consiste esa plenitud?. Dice Garrorena (454) que la plenitud excluye el sometimiento eventual u ocasionalmente so brevenido, lo que en verdad supone otorgar al lenguaje un sig nificado jurídico que se aparta del ordinario, ya que el con trapunto de la eventualidad no es la plenitud, sino la perma nencia. Pero el artículo 103,1 no dice que el sometimiento de ba ser permanente, lo que por otra parte aceptamos, sino "ple no", esto es, no parcial; lo que viene a confirmar la inter pretación del artículo 97, en el sentido de que la Administra ción no sólo está limitada por la ley en la dimensión negati va tradicional, sino que además debe dar plena satisfacción, en la medida en que la corresponda, a todos sus preceptos, in cluso aquellos que suponen un comportamiento positivo por par te de los órganos de la Administración.

Que el artículo 103,1^º exige además que toda actividad ad ministrativa cuente con cobertura legal es indudable, pero — ello no implica necesariamente una habilitación específica en el sentido del artículo 20,3 de la Ley Fundamental de Bonn, — sino simplemente conexión con la legalidad. Por otra parte, — debe repararse en que la alusión al Derecho constituye un im plícito reconocimiento de que el Reglamento no siempre apare ce delimitado con precisión en una ley previa cuyo objeto es pecífico sea la habilitación (455). De haberse supuesto así — por la Constitución, bastaría con la referencia a la ley, me diación imprescindible, en la que "deberá determinarse el con

454) Garrorena, "El lugar de la ley...", cit., p. 79-81.

455) Para Garrorena todo reglamento jurídico (ad extra) preci sa ley habilitante, pero no en virtud de ningún princi pio de reserva, sino como consecuencia de la estructura constitucional (democracia parlamentaria) y del mandato de los artículos 97 y 103,1.

tenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada" - (art. 80, 1ª de la Ley Fundamental de Bonn), entre el Derecho y la norma administrativa.

Con todo, esa mediación parece que deberá exigirse prácticamente en todos los ámbitos de relevancia jurídica, pero en virtud de la segunda de las dimensiones del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley. Como es sabido, nuestra Constitución ha renunciado a codificar las materias cuya regulación se reserva a la ley, al estilo, por ejemplo del artículo 10 de la antigua Ley de Cortes. No es momento de detenerse en el examen de los motivos técnicos y políticos que justificaron esta actitud (456), pero, en cualquier caso, una lectura siquiera superficial de nuestra Constitución nos indica -- que prácticamente todas las materias requieren que, al menos, su regulación primaria se verifique mediante ley. Conviene señalar, sin embargo, que las referencias a la ley en el texto constitucional no tienen siempre el mismo alcance; desde luego, creemos que todas ellas representan una exigencia de rango de ley (457), pero, además, en muchos casos es perceptible

456) El motivo técnico no es otro que la organización territorial del Estado que, acompañada de una cláusula de reserva, propiciaría una extraordinaria complejidad de nuestro sistema de fuentes. El motivo político, evitar interpretaciones que, a sensu contrario, intentasen definir un ámbito propio de potestad reglamentaria. Vid. Carro, Gómez Ferrer, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", RAP, 81, p. 188.

457) En contra, Baena de Alcazar, "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 285 y s. Expresamente a favor, Gómez-Ferrer, "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 118.

una "segunda intención". Así, es evidente que numerosas reservas son "reforzadas", en terminología de Mortati (458), es decir, pretenden conferir a la futura ley un determinado contenido, o bien quieren evitar la autodisponibilidad de la norma sobre su propio rango o bien, en fin, delimitar el ámbito de alguna categoría legal específica como, por ejemplo, la ley - orgánica (459).

Como hemos dicho, nuestra Constitución articula un siste-
ma de reserva absoluta, no mediante una cláusula general al -
estilo austriaco o alemán ni mediante una enumeración codifi-
cada de materias, sino a través de puntales y concretas reservas que aparecen de forma reiterada a lo largo de todo el texto constitucional (460). Desde nuestro punto de vista, es ob-
vio que tiene relevancia especial la reserva del artículo 53:
"Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido
esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades" (los del Capítulo II del Título I) (461). En reali-
dad, este precepto resulta fundamental para delimitar el al-
cance del principio de legalidad en nuestra Constitución, ya
que un sector de la doctrina trata de ver en él una consagra-
ción de la tradicional reserva en favor de la libertad y de -

458) Mortati, "Istituzioni di Diritto Pubblico", cit., vol. I, p. 343. Vid. también Amato, G., "Rapporti fra norme primarie e secondarie", Milán, 1962, p. 85 y s.

459) Vid. sobre los diversos sentidos de la reserva de ley en nuestra Constitución, Garrorena, "El lugar de la ley..." cit., p. 60 y s.

460) Vid. su relación en García de Enterría, T.R. Fernández, - "Curso...", cit., p. 220 y s.

461) Vid. el comentario de este precepto en Garrido Falla, "El artículo 53 de la Constitución", Civitas REDA, núm. 21, - abril-junio 1979, p. 173 y s.

la propiedad. Puede decirse, en este sentido, que la exclu --
sión del reglamento independiente en el Derecho español se ob --
tiene a través de dos caminos. El primero, considerando que --
dicho reglamento es incompatible con un sistema de democracia
parlamentaria (462); y, el segundo, mediante una interpreta --
ción generosamente amplia del concepto de derechos fundamenta --
les, de manera que la reserva del artículo 53,1º afecte a to --
da posible regulación que de una forma u otra incida sobre la
libertad o la propiedad de la persona (463). Desde esta segun --
da perspectiva, "sólo por ley... debe entenderse en el senti --
do de cualquier regulación que ataña de cualquier manera, el
ejercicio de los derechos fundamentales, y, en concreto, en --
términos aún más amplios, al libre desarrollo de la personali --
dad (art. 10,1) que dichos derechos garantizan" (464). Pero --
incluso las áreas en que tradicionalmente se reconocía una ma --
yor libertad de la norma administrativa, hoy vienen reserva --
das a la ley. Así sucede con la organización de la Administra --
ción (465) y con las llamadas relaciones de supremacía espe --
cial (466).

462) Tesis de Jesch en Alemania y de Garrorena y Sala Arquer
en España, a la que antes nos hemos referido. De Sala --
vid. "Las bases constitucionales de la Administración --
del Estado: Ley y Administración en la Constitución de --
1978" en "La Constitución española y las fuentes del De --
recho", cit., vol. III, p. 1775 y s.

463) Expresamente, esta es la tesis de Núñez-Villaveirán, "De
legaciones y autorizaciones legislativas en la Constitu --
ción" en "La Constitución española y las fuentes del De --
recho", cit., vol. III, p. 1527.

464) García de Enterría, T.R. Fernández, "Curso de Derecho Ad --
ministrativo", cit., vol. I, p. 223-224.

465) Según el art. 103,2º "Los órganos de la Administración --
del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo
con la ley".

466) Vid. los artículos 98,4º; 103,3º; 104,2º; 149,1-18 y su
comentario por Gómez-Ferrer, "La potestad reglamentaria
del Gobierno en la Constitución", cit., p. 122.

Prescindiendo ahora de la transcendencia general del artículo 53,1 en orden a la delimitación del principio de legalidad en nuestro texto constitucional y de esa interpretación - amplia de los derechos fundamentales a la que se acaba de hacer referencia, estimamos que la reserva de ley contenida en dicho precepto presenta varias características destacables. - En primer lugar, como es obvio, impide que las decisiones primeras sobre los derechos fundamentales del Capítulo II correspondan a otro instrumento normativo que no sea la ley. En segundo lugar, se trata, según creemos, de una reserva absoluta, que obliga a regular de forma directa la materia reservada, - permitiendo únicamente que las fuentes subordinadas emanen -- normas de simple detalle necesarias para la ejecución (467); el reglamento puede contener normas relativas a los derechos fundamentales, pero siempre que cuente con una habilitación legal expresa y específica (468), que ha de incluir los elementos y límites precisos a que deben ajustarse esas normas. En tercer lugar, la expresión "sólo por ley" la entendemos como una prohibición de la autodisponibilidad sobre el rango, - lo que supone que las Cortes no pueden dictar una norma de -- deslegalización, atribuyendo al reglamento la regulación de -

467) Vid. Mortati, op. cit., vol. I, p. 343. En realidad, la distinción de Mortati entre reserva absoluta y relativa nos parece, valga la redundancia, una distinción relativa, en el sentido de que la atribución en que consiste la reserva puede ir desde que la ley agote prácticamente la disciplina normativa de una materia, hasta que señale las orientaciones básicas o generales, siendo admisibles numerosas soluciones intermedias.

468) Vid. sobre el tema de habilitaciones globales y específicas, Jesch, op. cit., p. 273 y bibliografía allí citada.

aspectos relativos a los derechos fundamentales (469). Pero - el artículo 53,1 no sólo garantiza el rango de la ley, sino - también la forma, pues el vigor de la expresión "solo por ley" creemos que constituye una exigencia de ley del Parlamento, - excluyendo por lo tanto el Decreto-Ley y el Decreto-Legislativo (470). Finalmente, la reserva del artículo 53,1 es también una reserva reforzada en virtud de ese obligado respeto al -- "contenido esencial" de los derechos fundamentales, del que - nos ocupamos en un epígrafe anterior.

Así pues, los derechos fundamentales en nuestra Constitución se debaten entre la reserva de ley orgánica y la reserva de ley ordinaria. A la ley orgánica corresponde, como veremos, la regulación de los derechos y libertades en la Sección primera del Capítulo II, además del régimen de suspensión del ejercicio, tanto en el supuesto general vinculado a los estados de excepción y sitio (arts. 55,1 y 116) como en el caso - de la suspensión individualizada (art. 55,2). A ello debe añadirse el desarrollo de la mayor parte de las garantías: funcionamiento del Tribunal Constitucional, estatuto de sus miembros, procedimiento ante el mismo y condiciones para el ejerccicio de las acciones (art. 165); procedimiento de "habeas -- corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente (art. 17,4); por úl

469) En realidad, creemos que esta técnica que se concreta en una degradación del rango resulta excluida siempre que -- exista una reserva material. Vid. García de Enterría y - T.R. Fernández, op. cit. vol. I, p. 245.

470) No así, en cambio, la ley de Comisión en relación con la Sección segunda del Capítulo II. Como luego explicaremos la reserva de ley orgánica del art. 81,1 debe entenderse referida sólo a los derechos fundamentales de la Sección primera, de manera que esos derechos serían los únicos -

timo, la ley orgánica deberá regular también la institución - del Defensor del Pueblo (art. 54). Como es lógico, el posible desarrollo reglamentario respecto de esta cuestiones debe juzgarse con particular rigor; es más, parece que debe excluirse por completo que la ley orgánica habilite al Gobierno para -- dictar normas reglamentarias que desarrollen los objetos re - servados en el artículo 81,1 de la Constitución (471), si bien debe tenerse en cuenta que dichos objetos no siempre agotan -- una materia. De ahí que en principio no rechazamos que las le yes orgánicas incorporen normas de habilitación en favor del ejecutivo, pero que se refieran a cuestiones conexas y no a -- las enunciadas en el artículo 81,1.

Forma de ley ordinaria deberá adoptar, en cambio, la regu lación de los derechos y deberes fundamentales reconocidos en la Sección segunda del Capítulo II, así como una de las garan tías previstas en la Constitución: el procedimiento preferen - te y sumario ante los Tribunales ordinarios mediante el que - "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las liberta - des y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección pri mera del Capítulo II".

Ahora bien, ¿cuál es el régimen de los derechos tutelados en el Capítulo I y de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III?. Parece evidente que no se hallan incluidos en el ámbito material de la ley orgánica, ni el artículo 53 establece respecto de ellos una cláusula de

que requieren ley de Pleno a la luz del artículo 75. En el mismo sentido que en el texto. vid. Linde, op. cit., p. 274.
471) Vid. Gómez-Ferrer, op. op. cit., p. 127.

reserva expresa, análoga a la que acabamos de examinar en relación con el Capítulo II.

Los derechos del Capítulo I no ofrecen especial dificultad ya que del tenor de sus preceptos (artículos 11 a 13) resulta que aquéllos que son susceptibles de desarrollo aparecen afectados por una reserva de ley o de tratado. Así, el artículo 11,1 establece que "la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley". Ni el art. 11,2 ni el art. 12 ofrecen posibilidad de regulación posterior; aquél porque se reduce a señalar un límite que habrá de respetar la ley reguladora de la nacionalidad: "ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad"; y lo mismo cabe decir del artículo 12 ("Los españoles son mayores de edad a los 18 años"), ya que a la adquisición de la mayoría de edad podrán vincularse cuantos efectos jurídicos se quiera, pero no es posible verificar ningún tipo de desarrollo en relación con el mandato de este artículo. El art. 11,3 autoriza al Estado a concertar tratados de doble nacionalidad con determinados países, por lo que tampoco cabe aquí una regulación de otra naturaleza que no sea la internacional. Finalmente, el art. 13 contiene una remisión a la ley en sus cuatro números y a los tratados internacionales en los tres primeros, de manera que el Derecho de extranjería se halla también afectado por un principio de reserva de ley y de tratado, cuya conclusión, como veremos, requiere la previa autorización de las Cortes Generales (art. 94,1 c).

Debe indicarse, sin embargo, que la reserva de ley que cabe obtener del Capítulo I es algo menos rigurosa que la esta

blecida en el artículo 53,1, ya que no excluye la regulación mediante Decreto-Legislativo, aunque sí mediante Decreto-Ley (arts. 82,1º y 86,1º). En consecuencia ha de ser asimismo menos rigurosa en relación con los reglamentos, ya que si la -- Constitución autoriza, de acuerdo con determinadas condiciones, que el Gobierno regule estos derechos mediante normas delegadas, parece que no repugna la idea de que las regule también mediante normas reglamentarias, siempre naturalmente que exista una previa habilitación legal.

Pero el capítulo que más dificultades puede ofrecer desde la perspectiva del principio de legalidad y de la reserva de ley es el que genéricamente denominaremos de las prestaciones, es decir, el de aquellos derechos fundamentales que generan una obligación cuyo contenido principal consiste en un dar o en un hacer. El motivo es que tradicionalmente la reserva en la concepción del Derecho liberal se ha configurado como una reserva de intervención, ya que los derechos fundamentales se definían como un ámbito de inmunidad del individuo, de manera que en definitiva lo que se prohibía era el reglamento jurídico independiente que pretendiese invadir las áreas de libertad y propiedad reconocidas en la Constitución. Pero la calificación del Estado de Derecho como social y democrático, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, entendida esta última en el sentido del art. 14, pero también en el sentido del art. 9,2, no podía dejar de tener transcendencia en el planteamiento del principio de legalidad y de la reserva de ley.

Debe indicarse, sin embargo, que nuestra Constitución no

se ha dejado influir por la distinción entre intervención y - prestación a la hora de diseñar las líneas maestras del régimen jurídico de los derechos fundamentales. Es verdad que la mayor parte de los derechos cuya realización requiere un comportamiento positivo por parte del poder público aparecen recogidos en el Capítulo III del Título I bajo la rúbrica de — "principios rectores de la política social y económica" y con un régimen jurídico ciertamente devaluado si lo comparamos — con el del Capítulo II. Pero es preciso recordar también que un derecho tan esencial en orden al establecimiento de prestaciones como el derecho a la educación (art. 27) se incluye na da menos que en la Sección primera del Capítulo II, junto a — las libertades mejor protegidas, lo que indica que nuestra — Constitución no ha encontrado obstáculos técnicos insalvables para comprometer al Estado, y en particular al poder legislativo, en la realización del derecho a la educación.

Con todo, parece cierto que el Capítulo III encierra el — núcleo principal de los derechos que reflejan una obligación estatal de contenido positivo, articulando en gran parte lo — que de social y democrático tiene nuestro Estado de Derecho. En este sentido, el apartado 3º del artículo 53 establece que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legisla — ción positiva, la práctica judicial y la actuación de los pode res públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción — ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los — desarrollen".

Ciertamente, resulta discutible que este precepto conten-

ga una reserva de ley (472); propiamente, lo único que hace - es determinar una cierta orientación de leyes (473), de la jurisprudencia y de la actividad administrativa, pero en principio no cabe deducir que la decisión del poder legislativo -- constituya una mediación necesaria sin la cual los principios rectores dejarán de informar la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; más bien puede afirmarse lo contrario. Parece, en efecto, que el Capítulo III vincula al poder ejecutivo y al judicial, cualquiera que sea la actitud -- del legislador.

Pero los principios se transforman en derechos en virtud del inciso segundo del precepto: sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Ya hemos indicado en otro lugar la imperfección técnica del mandato, en el sentido de que los principios rectores son alegables siempre y en todo caso, y que únicamente se condiciona al desarrollo legal la posibilidad de exigir, en cuanto que derecho subjetivo, el comportamiento que constituye el contenido de la obligación correspondiente. Pero ahora lo que interesa es el problema de la reserva de ley, y, en este aspecto, creemos que el precepto comen-

472) En sentido afirmativo, Gómez Ferrer, op. cit., p. 125.

473) La expresión "legislación positiva" puede sin duda interpretarse como "bloque de legalidad", tanto de origen parlamentario como administrativo. Así lo hace Bassols, "Las diversas manifestaciones...", cit., vol. I, p. 329. No obstante, en el contexto de la frase preferimos pensar - que la legislación positiva son las leyes formales, ya - que se la menciona junto a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos. Estos últimos son propiamente órganos administrativos, pues si fuesen poderes en sentido riguroso resultarían superfluas las referen-cias anteriores.



tado no establece en sentido propio una auténtica reserva, ya que el poder ejecutivo puede y debe satisfacer los mandatos contenidos en el Capítulo III sin necesidad de que el Parlamento articule en leyes derechos subjetivos exigibles ante los Tribunales.

Sin duda, el reconocimiento de derechos exigibles al amparo del Capítulo III aparece sometido a un principio de reserva legal: sólo las leyes de desarrollo pueden establecer un sistema específico de tutela jurisdiccional. Pero los preceptos de ese Capítulo, en su función de principios orientadores, pueden impulsar la actuación administrativa de tal forma que sus mandatos sean efectivamente satisfechos aun cuando el ordenamiento no haya reconocido todavía derechos subjetivos que autoricen a los ciudadanos a exigir ante los Tribunales la realización del deber jurídico correspondiente. En cualquier caso, lo que si es cierto es que esa exigibilidad viene condicionada al desarrollo legal y, desde esta perspectiva, no existe dificultad en reconocer la existencia de una reserva de ley.

Sin embargo, importa destacar que la reserva de ley en materia de derechos económicos, sociales y culturales va mucho más lejos de lo que cabría deducir a la luz del artículo 53,3. En realidad, esa reserva existe no sólo para la articulación de derechos, sino también y ante todo para el desarrollo de los principios informadores, que difícilmente pueden obtener una realización efectiva sin la mediación legal. Los motivos son diversos, pero todos ellos ponen de relieve la complejidad del problema y las múltiples interferencias que,

con las más variadas cuestiones, surgen a la hora de satisfacer las orientaciones del Capítulo III y, en definitiva, de regular los llamados derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión se ha presentado de forma polémica en la doctrina alemana (474) y ya algún autor español se ha referido a ella en relación con el nuevo texto constitucional (475). Por nuestra parte, no creemos que, ante el silencio de la Constitución, pueda ofrecerse una solución uniforme en todo caso, ya que no contamos con una cláusula de reserva general. Sin duda, parece que en este punto el principio de legalidad, entendido en el sentido riguroso antes expuesto, no puede mantenerse con la misma intensidad que en el ámbito de los derechos del Capítulo II. Con todo, algunos argumentos nos indican que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no es una cuestión propia de la Administración, sino que en la mayor parte de los casos exigirá la previa decisión legal.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la regulación de un sistema de prestaciones constituye siempre una forma de interferir en la sociedad; ésta, en el mundo liberal moderno, se considera que funciona por sí sola, de acuerdo con sus propias "leyes" de desarrollo, que sin duda se ven alteradas cuando el poder público interviene positivamente en un determinado ámbito. En este aspecto, la ley es necesaria ya que debe garantizarse que las finalidades perseguidas con la alteración de -

474) Vid. un resumen de las diversas posturas doctrinales en Starck, op. cit., p. 398 y s. Vid. también Jesch, op. cit. p. 224 y s.

475) Así, Gómez-Ferrer, op. cit., p. 123 y Bassols, op. cit., p. 327.

esas reglas de evolución social son formalmente legítimas, es decir, constituyen la genuina voluntad de quien representa al pueblo. En segundo lugar, y muy conectado con lo anterior, la satisfacción de estos derechos requiere en bastantes casos el empleo de numerosos medios humanos y materiales, que son me - dios escasos. Esta escasez obliga a distribuir, o sea, a deci dir una escala de prioridades, de acuerdo con los valores o - fines que se juzguen más dignos de satisfacción y, como es ló gico, ese juicio debe corresponder también al legislador.

En tercer lugar, no puede ocultarse que existe una íntima relación entre ingresos y gastos públicos. Las prestaciones - exigen un volumen de gasto que necesariamente inciden en la - presión tributaria. La efectiva realización de uno de los de - rechos del Capítulo III, representa una decisión política de gran importancia, en cuanto que conlleva cargas y gravámenes, en definitiva, sacrificios sociales que sólo pueden pedirse - en nombre de la ley.

Un cuarto argumento alude al problema de la igualdad. Co - mo ya indicamos, los derechos económicos, sociales y cultura - les constituyen en cierto modo la articulación jurídica del - principio de igualdad. Es verdad que este principio, sobre to do en su dimensión jurídica (art. 14), se impone directamente a todos los poderes sin que sea precisa una previa mediación legal. Sucede, sin embargo, que toda prestación representa -- una desigualdad, aunque persiga la plena realización de la -- igualdad sustancial, ya que se otorgan determinadas ventajas a una cierta categoría de personas y no a otras. Ello supone una decisión que necesariamente altera el esquema social, que

es muy posible que sea desigual, pero que requiere una valoración importante acerca de los fines de la sociedad y del Estado que, en un sistema democrático, no puede corresponder más que al legislativo. Debe tenerse en cuenta, además, que si se deniega la satisfacción del derecho se comete un agravio, una discriminación, que lógicamente será más fácil de subsanar si el régimen jurídico de la prestación aparece determinado en la ley. Particularmente, a la luz del artículo 53,3 los principios rectores sólo son alegables ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes de desarrollo, de manera que puede sentirse la tentación de rechazar la demanda fundada en la existencia de un agravio si no existe previa ley. La solución en todo caso debe ser la contraria porque esa discriminación constituye una derogación singular de reglamentos e infringe otros preceptos constitucionales, singularmente el artículo 14, pero no obstante la fiscalización resulta más eficaz y completa si la ley regula el derecho y arbitra un específico sistema de tutela.

Finalmente, debe recordarse que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales exige en numerosas ocasiones imponer límites, más o menos rigurosos, al ejercicio de determinados derechos, algunos tan sagrados en el Estado liberal como la propiedad y la iniciativa privada. Es más, no nos cabe duda de que sólo a costa de sacrificar esos derechos puede lograrse la efectiva satisfacción de la igualdad. Así, el "derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado" o la exigencia de "utilización racional de todos los recursos naturales" (art. 45,1º y 2º) exige limitar el derecho de pro-

piedad entendido como libre uso y disfrute (476). La protección del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46) requiere imponer determinadas cargas a los propietarios, evitando la destrucción o deterioro; el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada supone, como reconoce la propia Constitución, que se regule "la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación" (art. 47), y parece evidente que para impedir esa especulación es necesaria la limitación del derecho de propiedad privada o de alguna de las facultades que comprende, y no las menos importantes. Igualmente, la vigilancia sobre la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de jornada o las vacaciones periódicas, no por ser conquistas afianzadas, dejan de representar una restricción importante a la autonomía y a la igualdad jurídica de las partes en la relación laboral.

En definitiva, los ejemplos podrían multiplicarse. La mayor parte de los derechos económicos, sociales y culturales exigen una intervención de los poderes públicos en el tejido social, una alteración del "orden natural" de las cosas, tal y como resulta de las relaciones privadas de la sociedad civil. De ahí que la reserva de ley relativa a los principios rectores del Capítulo III sea mucho más rigurosa de lo que — aparenta tras la lectura del artículo 53,3. Los motivos que justifican esa reserva no se agotan en los señalados y su descripción requeriría un trabajo específico, ya que los derechos —

476) Por ejemplo, obliga a las industrias a instalar medios anticontaminantes o a no explotar recursos naturales de forma irracional, poniendo en peligro las reservas para el futuro, etc.

chos comentados inciden en áreas sustantivas muy diversas. --
Piénsese para terminar, que la plena satisfacción de los prin
cipios rectores puede hacer necesaria la prestación por el Es
tado de servicios o la explotación de recursos, que debe ha -
cerse por ley (art. 128,2º) o la planificación de la economía,
que también exige forma de ley (art. 131,1).

De este breve recorrido a través de la preceptiva consti-
tucional relativa al principio de legalidad y a la reserva de
ley en el ámbito de los derechos fundamentales creemos que se
desprende el carácter preferente y primario que tiene la deci-
sión parlamentaria sobre cualquier actividad de otro órgano -
del Estado; una primariedad que no tiene por que ahogar las -
posibilidades de una Administración con fundamento democráti-
co y dispuesta a satisfacer los mandatos constitucionales, que
la obligan al margen de la ley, y a servir el interés general,
sino que debe impulsar al poder ejecutivo en la consecución -
de esos fines. Por ello, hoy el problema de la legalidad no -
se plantea sólo en la necesidad de limitar un peligroso inter-
vencionismo de la Administración, ya que es reflejo de la --
constitucionalmente legitimada ampliación de las funciones del
Estado y del Derecho, sino en el imprescindible encauzamiento
de esa intervención, para responder con fidelidad a la volun-
tad general representada en el legislativo. Uno de los retos
a la técnica jurídica nace precisamente de la nueva dimensión
del principio de legalidad, pues el respeto a la ley no con -
siste sólo en no extralimitar la autorización concedida para
interferir en la sociedad civil, sino en llevar esa interfe-
rencia tan lejos como lo exija la plena realización de los --

mandatos legales y constitucionales. La relación ley-reglamento ya no traduce únicamente la dialéctica libertad-restricción; ahora el problema es que el reglamento puede ser más liberal que la ley, es decir, que en lugar de temer una excesiva interferencia del Reglamento en el ámbito de las relaciones privadas, extralimitando el mandato legal, hoy puede correrse el riesgo de que el Reglamento no agote la cobertura de intervención prevista en la Ley y que resulte, por tanto, más liberal en el sentido de más abstencionista. Lo que constituye un motivo suplementario para exigir apoderamientos específicos que determinen el contenido, objeto, fin y extensión de la actuación administrativa, eludiendo las cláusulas generales que dificultan la labor de fiscalización jurisdiccional, cuestiones todas que forman parte de la teoría jurídica sobre las garantías de los derechos fundamentales.

IX. LA LEY ORGANICA COMO FORMA DE PRODUCCION NORMATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Al ocuparnos del tema de la reserva de ley en el epígrafe anterior quedó enunciado el ámbito material de las leyes orgánicas (477) en relación con los derechos fundamentales y, aunque el desarrollo de éstos se reparte casi al cincuenta por ciento con la ley ordinaria, lo cierto es que la categoría normativa configurada en el artículo 81 de la Constitución representa el núcleo esencial del régimen jurídico de los derechos fundamentales. El motivo es más cualitativo que cuantitativo, pues en verdad la mayor parte de los derechos pueden ser objeto de regulación mediante el procedimiento ordinario; lo que sucede es que a la ley orgánica se encomienda el desarrollo de tres cuestiones fundamentales, a saber; el sistema de garantías, con la excepción ya señalada del recurso preferente y sumario del art. 53,2 (amparo judicial), el régimen de suspensión y, por último, el ejercicio de los derechos comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I.

Esta estrecha vinculación entre derechos fundamentales y ley orgánica, que hace de esta la fuente característica de positivización de las libertades en España, se confirma también desde la perspectiva del artículo 81, ya que la simple lectu-

477) Del tema de la ley orgánica me he ocupado en el trabajo "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 62 (en preparación); también en "La Constitución española. Un estudio de Derecho y Política", obra del prof. Peces-Barba en la que colaboré redactando el Capítulo VII sobre el ordenamiento jurídico, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, p. 109

ra de su apartado primero nos indica que los derechos fundamentales constituyen uno de los principales objetos de regulación de cuantos forman el ámbito material de esta categoría normativa. En líneas generales, puede decirse que la ley orgánica se mueve en tres grandes áreas jurídicas: regulación de derechos y libertades, organización de poderes y adopción de decisiones de particular transcendencia.

Ese miedo al vacío que pretende conjurarse mediante profusas indicaciones de Derecho histórico y comparado adquiere especial intensidad cuando se trata de describir categorías jurídicas atípicas, que no cuadran fácilmente en los esquemas políticos abstractos o que desmienten planteamientos en cierto modo simplistas acerca de las relaciones entre Política y Derecho. Porque, salvo que las leyes orgánicas expresen un mero capricho de las Cortes Constituyentes, lo que no puede aceptarse aunque sólo sea por la cantidad e importancia de las materias cuya disciplina jurídica se las encomienda, ¿cómo ajustar esta categoría normativa en el esquema tradicional de la separación de poderes? ¿cómo justificar esta excepción a la regla de las mayorías, principio básico de la democracia parlamentaria?.

Como unánimemente recuerda la doctrina es más que probable que los redactores de la Constitución tuviesen a la vista el sistema francés cuando decidieron dar entrada en nuestro ordenamiento a las leyes orgánicas. Pero las consecuencias de esa inspiración gaullista no deben llevarse demasiado lejos: instituciones dispares provocan a veces resultados análogos dentro de sistemas jurídicos diversos y, al contrario, instituciones nominalmente idénticas pueden servir objetivos distintos. Des-

de luego, obtendremos una visión distorsionada si se supone - que la ley orgánica entra en el Anteproyecto de Constitución acompañando a la reserva reglamentaria y que, desaparecía és ta, los legisladores cometieron la grave incoherencia de man- tener el segundo término de la relación. Este planteamiento - de la cuestión, que bien puede calificarse de galicista, nos debería llevar a la poco edificante conclusión de que las -- constituyentes diseñaron un ordenamiento caprichoso, formado de elementos heterogeneos, que responden a objetivos y siste- mas diversos, etc.; lo que parece muy poco probable, no sólo porque sóspechamos mayor competencia científica en los diputa dos y senadores de 1978, que sería lo de menos, sino sobre to do porque no hace falta ser determinista para comprender que un sistema de fuentes en sus líneas básicas traduce el proble ma político de la distribución-concentración del poder, expre sando con más o menos fidelidad el esquema de legitimación po lítica; pero no de un esquema abstracto, elaborado a priori, que nos lleva al absurdo de suponer que es el Derecho quien - se equivoca cuando no se ajusta a ese esquema, sino de una re lación de fuerzas reales que subyace al entramado constitucio nal y de la cual la organización del sistema de fuentes es un epifenómeno, cuyo análisis dogmático representa una condición indispensable para alcanzar conclusiones fundadas acerca de - la naturaleza del sistema político.

Las leyes orgánicas tienen en nuestro ordenamiento un sen tido político muy concreto y bastaría su simple consideración para eludir todo equívoco con la "loi organique" de la consti

tución gaullista (478). No se niega la inspiración francesa, pero en su adaptación al Derecho y a la situación política española las leyes orgánicas sufrieron una transformación decisiva. Las diferencias, incluso de régimen jurídico, son notables. En primer lugar, las leyes orgánicas francesas tienen como único objeto la regulación de las instituciones políticas de la República y así de las 17 previstas, ocho se destinan a la organización de esas instituciones, cinco se refieren a las personas que forman parte de las mismas y cuatro se ocupan del procedimiento; en cambio, las leyes orgánicas que configura la Constitución de 1978 tienen reservado un ámbito mucho más extenso, como el desarrollo de los derechos fundamentales, el régimen electoral, etc., un ámbito que viene a coincidir con lo que en principio parece que ha de ser el dominio lógico de las leyes políticas complementarias (479).

Igualmente, desde un punto de vista procedimental existen notables diferencias, y así la solemnidad que supone el obligado examen de las leyes orgánicas de la V República por parte del Consejo Constitucional (art. 46,6) se ha sustituido en España por un recurso previo de inconstitucionalidad (art. 79,2 de la LOTC). Estas, en cambio, exigen ser aprobadas siempre por mayoría absoluta del Congreso, mientras que en Francia tal requisito sólo se precisa cuando existe desacuerdo en

478) Por otra parte, debe indicarse que nuestro Derecho histórico ofrece algunos precedentes; vid. nuestro trabajo, ya citado. La oportunidad de esta categoría se planteó también en el proceso constituyente italiano. Vid. Romero Ysern y Cascajo Castro, "Consideraciones sobre las leyes orgánicas", en "La Constitución española y las Fuentes del Derecho", cit. vol. III, p. 1689 y s.

479) Sobre las leyes políticas complementarias, vid. Pérez Serrano "Tratado de Derecho Político", Madrid, Civitas, 1976, p. 452-3.

tre los cuerpos colegisladores.

Sin embargo, más allá de los aspectos que ofrece su diferente regulación constitucional, existe una diversidad de fondo entre las leyes orgánicas españolas y las de la V República, que se manifiesta en su distinta intencionalidad política. Las leyes orgánicas francesas nacieron con la finalidad política de restringir el poder del Parlamento y de hecho se promulgaron por medio de ordenanzas del poder ejecutivo, lo que supuso una especie de desarrollo "reglamentario" del texto -- constitucional (480); por lo tanto, los requisitos formales -- antes enunciados no han afectado en realidad a la aprobación de las leyes orgánicas, sino a su eventual modificación por -- el Parlamento, cuya competencia en esta materia se halla limitada no sólo en el plano constitucional, sino también por las leyes orgánicas promulgadas por el ejecutivo al margen de todo control. Gracias al artículo 92 de la Constitución de -- 1958 la reglamentación de las más altas instituciones de la -- V República quedó en manos del Gobierno. Por el contrario, en la Constitución española las leyes orgánicas parecen expresar un fortalecimiento del poder legislativo y de la influencia -- de las minorías opositoras, no sólo porque las materias reservadas a la ley orgánica sean inmunes tanto al Decreto-Ley co-

480) En esta apreciación coinciden Rousset, "La loi organique dans la Constitution de 4 de octobre de 1958"; Sirey, enero de 1960, Chr. I, pp. 3 y 4; y Sirat, Ch., "La loi organique et la Constitution de 1958", Dalloz, agosto 1960, Chr. XXVIII, p. 157. Debe indicarse que en el periodo en que se dictaron las primeras leyes orgánicas el Gobierno detentaba el poder legislativo y en consecuencia ninguna enseñanza puede derivarse de la falta de control parlamentario. Vid. Consejo Constitucional, S. de 15 de enero de 1960; vid. también Burdeau, "Traité de Science Politique", IV, LGDJ, 2ª ed., París, 1969, p. 202.

mo al Decreto-Legislativo, sino también porque, en el marco - de un sistema electoral de tipo proporcional, aunque corregido, la exigencia de una mayoría absoluta para la aprobación - de una ley orgánica impide o al menos hace muy difícil que el grupo parlamentario del Gobierno pueda legislar sin el acuerdo de las minorías.

Estas consideraciones nos orientan ya acerca del sentido político de las leyes orgánicas. Debe prescindirse del esquema tradicional de la división de poderes (481), pues leyes ordinarias y orgánicas son sustancialmente idénticas, ya que ambas han de ser discutidas y aprobadas por las Cortes Generales. A nuestro juicio, el artículo 81 sólo se explica a la luz del concreto marco histórico en el que se desenvuelve el proceso constituyente. Las dificultades de todo orden que tuvo que superar, en un temeroso proceso de reforma que en muy escasa medida afectó los centros de poder y de influencia del antiguo régimen, con partidos políticos poco consolidados, la falta de ruptura con el ordenamiento jurídico anterior, en definitiva, las propias contradicciones de aquel periodo, son hechos que condicionaron de forma decisiva el talante que presidió los debates constitucionales, pero también el propio contenido de la ley fundamental. En este aspecto, no juzgamos aventurado afirmar que las leyes orgánicas representan uno de los frutos más acabados del consenso y su mera existencia --- arroja bastante luz sobre el sentido y el alcance del mismo - (482). Lejos de lo que a veces se supone, el consenso casi --

481) Que, por lo demás, sufre otras excepciones, como la que representa el Decreto-Ley y el Decreto-Legislativo,
482) Vid. sobre el tema, Peces-Barba (con la colaboración de Luis Prieto), "La Constitución española..", cit, p.109 y s.

nunca expresó un acuerdo material o de fondo, una identidad -- de filosofías, sino el imprescindible acuerdo mínimo sobre -- las "reglas del juego"; sobre las reglas del proceso constituyente, pero también sobre las que en el futuro habrían de regir nuestra convivencia. A diferencia de la Constitución de -- 1931, la de 1978, en numerosas cuestiones clave, carece de -- una ideología definida, en el sentido de que incorpora elementos plurales que toleran las más diversas políticas legislativas. La heterogeneidad de fuerzas que concurrieron en su elaboración propició un texto tan generoso y amplio que a veces peca de ambiguo. Ello es particularmente perceptible en los -- temas más polémicos, como la educación (art. 27) o la organización territorial del Estado.

Pues bien, las leyes orgánicas, al requerir un cierto --- acuerdo, constituyen una prolongación de aquel talante de -- 1978; prolongación explicable y hasta necesaria por la propia indefinición de muchos preceptos y, más en general, por la -- ausencia de una idea clara y uniforme acerca de cuestiones básicas. Las leyes orgánicas intenta corregir la notable discrecionalidad que la Constitución reconoce al futuro legislador mediante el procedimiento de exigir un consenso superior, un quorum reforzado. Su función es detallar o concretar el alcance de unas cláusulas constitucionales que, en algún caso, fueron aprobadas por inmensa mayoría gracias precisamente a su -- falta de detalle.

Pero este sentido político que creemos encontrar en su -- origen tiene dos consecuencias importantes. La primera, desde el punto de vista del equilibrio de poderes, es que fortalece --

cen considerablemente el papel de las minorías opositoras y - con ello el régimen parlamentario frente a la irresistible as censión del ejecutivo. O este cuenta con mayoría absoluta en la Cámara, lo que supondría una victoria arrolladora en las - elecciones, o debe contar con el acuerdo de alguna minoría pa ra desarrollar la Constitución en sus capítulos fundamentales. En segundo lugar, y desde la perspectiva del ordenamiento ju- rídico, la ley orgánica propicia un cierto "conservadurismo", en el sentido de que amplias parcelas del Derecho adquieren una especial rigidez, al tiempo que se pretende fortalecer su eficacia, ya que requieren una aceptación más amplia que la - ofrecida por la simple mayoría. Es verdad que, en el plano de la obediencia al Derecho en un sistema democrático, bastaría comprobar la constitucionalidad de la ley, pero seguramente - en atención a los motivos enunciados, se ha preferido garanti zar además el acuerdo de fondo sobre el contenido de la norma.

Estas reflexiones sobre el sentido de la ley orgánica nos puede orientar acerca de algunas características del sistema de tutela de los derechos fundamentales. Ante todo, por lo -- que se refiere al valor de los derechos en el marco general - del ordenamiento, es evidente que esta forma de regulación ga rantiza vigorosamente su respeto, ya que difícilmente podrá - instrumentalizarse la temida razón de Estado a través del gru po parlamentario gubernamental. Que el poder ejecutivo tiene vedado el ámbito de la libertad es una verdad relativa cuando goza de iniciativa y existe una férrea disciplina de voto en- tre los diputados, por lo que fortaleciendo el papel de las - minorías se fortalece en realidad la institución parlamenta -

ria. Y, en segundo lugar, la ley orgánica dificulta la pretensión de utilizar los derechos fundamentales como arma política; propicia el acuerdo sobre los criterios materiales de legitimación del poder, evitando hasta cierto punto que la disciplina jurídica de las libertades se ajuste de forma exclusiva a una determinada concepción ideológica.

En el plano jurídico, la primera dificultad consiste precisamente en delimitar el ámbito material de la ley orgánica en relación con los derechos fundamentales. El art. 81,1 de la Constitución, así como los numerosos preceptos que aluden a la ley orgánica como forma de regulación de diversas materias, resultan en ocasiones ambiguos, tolerando una cierta discrecionalidad por parte del legislador a la hora de distinguir las cuestiones propias de la ley orgánica de aquellas cuyo tratamiento jurídico sólo requiere el procedimiento ordinario. El motivo es que la ley orgánica no siempre agota una materia, suponiendo que sea posible delimitar las materias, sino que se la encomienda únicamente la regulación de ciertos aspectos básicos o la definición de orientaciones generales. Sin embargo, como luego explicaremos, la determinación precisa del ámbito de la ley orgánica resulta esencial para una pacífica sistematización del complejo sistema de fuentes que diseña nuestra Constitución. Ese ámbito material representa uno de los criterios más importantes en el esquema de atribución de competencias a los diversos instrumentos normativos, ya que sirve para distinguir las leyes de Pleno y las leyes de Comisión, para definir el ámbito de los Decretos-Legislativos y de los Decretos-Leyes, etc. Y, sobre todo, el ámbito de la ley orgánica prejuza

ga en buena medida la amplitud de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas.

Por lo que se refiere a nuestro específico objeto de trabajo, el art. 81,1 establece que "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Ya sabemos que en todo caso debe añadirse la regulación de las garantías y el régimen de suspensión del ejercicio, pero el problema consiste ahora en identificar dentro del Título I los derechos y libertades que resultan -- afectados por dicho precepto. Es más, incluso cabría pensar -- si el desarrollo de todo derecho fundamental, aunque no venga enunciado en la Constitución, no debería ser objeto de ley orgánica. Ciertamente, con ello se lograría subsanar un posible error de sistemática que hubiera podido sufrir el legislador constituyente (483), y además se garantizaría la superlegalidad del sistema de fuentes de los derechos fundamentales. Sin embargo, estimamos que este punto de vista tropieza con obstáculos difícilmente superables, pues tales derechos no dejan -- de ser una construcción doctrinal de contornos dudosos, que -- no puede definirse por su referencia a una realidad, jurídica o de hecho, aprehensible al margen del mandato legal. Estos -- derechos no son sustancialmente distintos del resto de los derechos subjetivos; en rigor, se trata de derechos subjetivos a los que un determinado contexto histórico se califica de -- fundamentales y, como es lógico, un mínimo de seguridad jurí-

483) Por ejemplo, el derecho de participación del ciudadano -- en la Administración (art. 105) no tiene categoría de derecho fundamental, aunque encuentre su fundamento en el derecho a la participación del art. 23.

dica exige que dicha calificación corresponda al legislador. En especial, cuando éste se ha ocupado de enumerar expresamente un conjunto de derechos fundamentales no parece que en el plano de la exégesis dogmática su criterio pueda ser discutido. Así pues, hemos de admitir que los derechos y libertades que exigen un desarrollo mediante ley orgánica son únicamente aquellos que la propia Constitución califica de fundamentales y que aparecen recogidos en su Título I.

Circunscribiendo la cuestión a ese Título I, que recoge y agota el catálogo de derechos fundamentales en sentido jurídico, cabe preguntarse si el desarrollo de todos ellos debe ser objeto de ley orgánica o, por el contrario, si el artículo 81 sólo se refiere a los incluidos en la Sección 1ª del Capítulo II, cuya rúbrica ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas") coincide con las palabras utilizadas por el apartado 1º del artículo 81. A nuestro juicio, son varias las razones que favorecen una solución restrictiva y ante todo la de que el legislador, cuando ha querido referirse a todos los derechos y libertades contenidos en el Título I, lo ha dicho expresamente, como sucede en el art. 86, 1º, relativo al decreto-ley. En segundo lugar, del análisis de los trabajos parlamentarios se deduce que el ámbito reservado a la ley orgánica sufrió una progresiva limitación, llegando finalmente a circunscribirse a uno de los Capítulos (hoy Sección) del Título I. Así, en el primer borrador conocido de noviembre de 1977 se reservaba a la ley orgánica "el desarrollo de los derechos y deberes comprendidos en el Título II y, en lo que -- proceda, de los principios fundamentales declarados en el Tí-

tulo I" (art. 74 en relación con el 73), y en el Anteproyecto de enero de 1978 se decía que "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los Títulos I y II" (art. 73). Sin embargo, y de acuerdo con la redacción propuesta por el grupo socialista, en el Anteproyecto de abril únicamente se reservaba a la ley orgánica el "desarrollo de las libertades públicas" (484), expresión que coincidía plenamente con el rótulo de -- uno de los Capítulos en que se dividía el Título II (hoy Título I). Es más, en la motivación de aquella enmienda, aceptada por unanimidad en la Ponencia (485) se confesaba explícitamente esa finalidad restrictiva al afirmar que "la exigencia de ley orgánica para regular todo lo previsto en los Títulos I y II imposibilitaría prácticamente la legislación mediante ley ordinaria". Que la coincidencia entre las palabras del art. 73 (hoy 81) y la rúbrica del Capítulo no fue casual, ni la expresión "libertades públicas" en el marco del art. 81 una cláusula general desvinculada del concreto régimen de libertades establecido en la propia Constitución, lo demuestra el hecho de que cuando el Capítulo aludido se dividió en dos Secciones y la primera fue titulada "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", esta misma expresión fue recogida en el art. 81. En tercer lugar, si el precepto últimamente citado hubiese querido referirse a todos los derechos recogidos en el Capítulo II (arts. 15 a 38) no se comprendería bien el

484) Enmiendas números 279 y 404 de Socialistas de Cataluña y de Socialistas del Congreso, respectivamente.

485) Informe de la Ponencia, Boletín Oficial de las Cortes, - núm. 82, 17 de abril de 1978, p. 1564. "Constitución española. Trabajos parlamentarios, vol. I, p. 548.

sentido del art. 53 cuando atribuye a la ley el desarrollo de los derechos consagrados en dicho Capítulo. De haber sido ese el propósito del legislador, lo lógico es que el art. 53 hubiese especificado que la ley de referencia es la orgánica, - lo que ciertamente no hace, o bien sencillamente que se hubiese suprimido el precepto, pues si se pretendía garantizar la legalidad del sistema de fuentes de los derechos fundamentales contenidos en todo el Capítulo II, bastaba, de aceptarse la tesis combatida, con la exigencia de ley orgánica del artículo 81. Por último, las mismas razones de seguridad jurídica que antes señalábamos y el hecho de que no nos parece aconsejable ni realista una ampliación excesiva del ya generoso catálogo de derechos y libertades cuyo desarrollo se reserva a la ley orgánica, nos obliga a defender una solución restrictiva: el artículo 81,1 se refiere sólo a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (486)

486) En este mismo sentido vid. Bermejo Vera, J., "Las fuentes del derecho en la Constitución española de 1978" en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Libros Pórtico, Zaragoza 1979, p. 244-246; también Santamaría Pastor, JA., "Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración" Revista del Departamento de Derecho Político UNED, otoño 1979, p. 46 y s.; J. de Esteban y L. López Guerra, op. cit., p. 214. Por el contrario, Alzaga sostiene la tesis de que la reserva de ley orgánica afecta al desarrollo de los derechos reconocidos tanto en la Sección 1ª como 2ª del Cap. II, vid. "La Constitución española". Comentario sistemático, ed. del Foro, Madrid, 1978, p. 347-348. Una solución aun más generosa ofrece Pérez Luño, para quien todos los derechos del Título I se hallan comprendidos en la reserva del art. 81. "El proceso de positivización de los derechos fundamentales" en "Los derechos humanos. Significación, estatuto y sistema", Universidad de Sevilla 1979, p. 191. Igualmente, para Galvez Montes a los derechos de la Sección 1ª habrá que añadir el desarrollo del derecho a la nacionalidad y el de la igualdad ante la ley, si bien "nada impide que por ley orgánica se desarrollen aquellos derechos fundamentales que pudieran ser

No obstante, y aunque la solución propuesta implica ya una interpretación restrictiva del artículo 81, nos parece dudoso que se exija forma de ley orgánica para desarrollar todos y cada uno de los temas comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II. En este aspecto, es necesario precisar la noción de desarrollo y, sobre todo, el concepto de derechos fundamentales. La doctrina, sin duda alertada por el peligro de "organizar" amplias zonas del ordenamiento, insiste en que el art. 81,1 se refiere a una "regulación directa y general (487) o a una "regulación frontal y directa" (488). Parece, pues, que el precepto constitucional está pensando en leyes de desarrollo en sentido estricto, que expresan claramente su vocación de regular de forma directa y más o menos completa un cierto derecho o libertad; la exigencia de una votación final sobre el conjunto del Proyecto excluye la presencia de un núcleo importante de normas no referidas a los derechos fundamentales.

cerse en aplicación estricta del propio texto constitucional", "El ámbito material y formal de las leyes orgánicas" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. II, p. 928-930. Por su parte García de Enterría parece abogar por una solución restrictiva, aunque considera que, junto a los derechos de la Sección 1ª, el art. 81 comprende también la objeción de conciencia del art. 30 por ser un derecho tutelado mediante recurso de amparo, "Curso de Derecho Administrativo" (en colaboración con Tomás Ramón Fernández), vol. I, Civitas, Madrid, 1979, p. 138-139; Mendoza Oliván, "Tipología de las leyes en la Constitución" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 91, estima, en cambio, que además de los arts. 15 a 29, la igualdad -- enunciada en el art. 14 debe ser objeto de ley orgánica. Finalmente el prof. Linde Paniagua parece inclinarse, aunque no muy decididamente, por la tesis más amplia, -- vid. "Ley y Reglamento en la Constitución" en Lecturas sobre la Constitución española", vol. I, UNED, Madrid, -- 1978, p. 278-280.

487) García de Enterría, T. Tamón Fernández, op. cit., vol. I, p. 139.

488) Santamaría Pastor, op. cit., p. 49.

Este punto de vista, aunque valioso, no deja de ofrecer dificultades, ya que presenta el riesgo de que aspectos esenciales de las libertades públicas aparezcan regulados "marginamente" en el seno de una ley ordinaria cuyo objeto declarado sea ajeno al problema.

En todo caso, si bien debe retenerse esta interpretación restrictiva de la locución "desarrollo" creemos que principalmente es necesario ser riguroso en la fijación del concepto de libertades, pues en efecto, el art. 81 no alude a las normas o preceptos constitucionales de la Sección 1ª, sino a los derechos integrados en ella. Las libertades públicas ofrecen una facultad de acción, garantizan áreas de inmunidad o reconocen el derecho a gozar de cierta prestación y pueden hacerse valer en las más diversas situaciones y en relación con cualquier sector del Derecho: la libertad podrá regularse mediante ley orgánica, pero no las materias en que incide su ejercicio. Los derechos fundamentales aparecen reconocidos en el Título I, pero no todos los preceptos de este Título tienen por función reconocer derechos; es necesario distinguir unos de otros, pues la reserva de ley orgánica se refiere exclusivamente al desarrollo de los derechos, no al de las normas.

Esta interpretación rigurosa o, si se quiere, restrictiva, del ámbito de reserva relativo a los derechos fundamentales creemos que debe extenderse a todos los objetos propios de ley orgánica, entre otros motivos porque es necesario salvar algunas antinomias que aparentemente ofrece el texto constitucional. Como indicábamos en páginas anteriores, el principio

democrático y la organización territorial del Estado, que en realidad es una faceta de dicho principio, han propiciado un sistema de fuentes bastante complejo, y ello exige una lectura cuidadosa a fin de evitar interferencias entre los ámbitos que corresponde disciplinar a las diversas categorías de normas.

En concreto, y aunque más adelante volveremos sobre este punto, conviene aludir aquí a la relación de la ley orgánica con ciertos supuestos de legislación compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Como es sabido, entre las competencias exclusivas del Estado, el artículo 149,1^º reserva la fijación de las "normas básicas" sobre determinadas cuestiones, con la particularidad de que esas cuestiones aparecen a veces comprendidas también en el Título I (489). Sucede entonces que sobre una misma materia incide la ley orgánica, la norma básica del Estado, que es ley ordinaria, y finalmente la norma de desarrollo de la Comunidad Autónoma, lo que en principio pudiera parecer anticonstitucional, ya que las materias enunciadas en el art. 81,1^º deben regularse necesariamente por el procedimiento señalado en el número 2 del mismo artículo 81. Por ello, la exacta delimitación de la reserva de ley orgánica resulta esencial a la hora de examinar las competencias normativas de los territorios autónomos y, en general, el sistema de fuentes en su conjunto.

A nuestro juicio, no cabe duda de que las leyes orgánicas

489) Vid. por ejemplo, el art. 149,1,27^º en relación con el art. 19,3^º; y el art. 149,1,30^º en relación con el art. 27. Los dos primeros se refieren a los medios de comunicación social, y los dos últimos al tema de la enseñanza.

y las normas básicas del Título VIII son cosas distintas. Las normas básicas no se aprueban mediante ley orgánica, ni las leyes orgánicas deben contener necesariamente cuestiones básicas (490). Las normas básicas requieren como consecuencia lógica la promulgación de normas de desarrollo, mientras que -- las leyes orgánicas tienen o pueden tener la pretensión de -- agotar la cuestión objeto de regulación. Ahora bien, ¿puede -- una ley orgánica tener al mismo tiempo el carácter de norma -- básica?. En puridad, creemos que la respuesta debe ser negativa. El derecho fundamental objeto de la ley debe regularse en su totalidad: todos los elementos del derecho deben aparecer en la ley, pero nada más que ellos. En consecuencia, la ley orgánica relativa a los derechos fundamentales no tiene por -- qué requerir un desarrollo en sentido estricto; lo que exige que las leyes o reglamentos que regulan los diversos ámbitos materiales u organizativos en que incide el ejercicio del derecho respeten la ley orgánica. Por un principio de economía legislativa, cuya utilización nos parece recusable en este ca so, puede hacerse coincidir ley orgánica y norma básica, pero siempre y cuando todos los preceptos sean en verdad básicos y se autorice en consecuencia su desarrollo. Si, por el contra-rio, se entiende que sólo alguno de los artículos de la ley orgánica tienen carácter básico se puede ceder a la tentación de autorizar a las Comunidades Autónomas a desarrollar éstos y, además, a modificar o sustituir los restantes, es decir, -- los no básicos, pero sin embargo orgánicos, lo que vulnera el

490) Digamos, por otra parte, que "norma básica" y "bases" no son nociones identificables.

procedimiento establecido en el artículo 81,2º. Ello ha sucedido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica - del Estatuto de Centros Docentes, que, en lo que aquí nos interesa, ha sido declarada conforme a la Constitución en Sen - tencia de 13 de febrero de 1981 (491), de acuerdo con un criterio al menos discutible, que ni siquiera entra a considerar el claro tenor del artículo 28,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En síntesis, la posición del Tribunal - es que las leyes orgánicas pueden contener "materias conexas", que en principio quedarían sujetas también al principio de -- congelación de rango; pero con la importante matización de -- que tal principio puede ser excluido por la propia ley orgáni - ca o incluso, en caso de silencio o apreciación no ajustada a Derecho, por el Tribunal Constitucional, lo que implica que - los preceptos que tengan por objeto tales materias conexas -- pueden ser modificados mediante ley ordinaria o mediante ley de las Comunidades Autónomas.

Sobre la competencia del Tribunal Constitucional para determinar el ámbito de la ley orgánica nos ocuparemos más tarde, aunque es preciso indicar aquí que, aun reconociendo di - cha competencia, el Tribunal no debe intentar sustituir al le gislador en la tarea de concretar o detallar los objetos de -

491) Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1981, suplemento al núm. 47. Dicha sentencia declara parcialmente inconstitucional la disposición comentada, pero no -- porque la técnica en sí misma resulte rechazable, sino -- porque en este caso concreto autorizaba a las Comunida - des Autónomas a modificar o sustituir preceptos que, ade más de formalmente orgánicos, eran básicos o afectaban - al desarrollo normativo de algún derecho fundamental (ma terialmente orgánicos).

regulación referidos con cierta ambigüedad en el art.- 81,1º, sobre todo después de que el artículo 28,2º de la L.O. del Tribunal Constitucional ha venido a reforzar la presunción de legitimidad de la ley orgánica. Pero, además no es fácil admitir que la propia ley pueda autorizar la sustitución o modificación de alguno de sus preceptos, ya que eso equivale a reconocer que los objetos regulados no se hallan razonablemente incluidos en el artículo 81,1º y, por lo tanto, no deberían ser regulados por la ley orgánica. El Tribunal Constitucional parece muy preocupado por evitar que prevalezca una "concepción -- formal de la ley orgánica" que "podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado". Pero, para ser coherente con esta preocupación y a la vez con la seguridad jurídica, sería necesario depurar a la ley orgánica de toda "materia conexas" o bien aceptar que las cuestiones marginales son atraídas por la "organicidad"; si bien se estima que extendiendo el ámbito material sufre el principio democrático, debe corregirse esta tendencia, pero en su origen, no considerando que los preceptos son modificables, sino que declarando su inconstitucionalidad porque, como indica la propia sentencia, "sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria". Pero, ¿por qué proteger al futuro legislador y no hacer lo propio con el legislador del presente? No es democrático que la próxima legislatura se encuentre con un ordenamiento petrificado, pero en cambio se autoriza que hoy determinadas cuestiones que deberían ser aprob

das por mayoría simple requieran el quorum reforzado del artículo 81,2º. Me parece que, de acuerdo con el criterio enunciado por el Tribunal, lo correcto hubiese sido declarar la in - constitucionalidad de los preceptos que no tuviesen por objeto las materias del artículo 81,1, ya que el principio democrático de la mayoría simple, que es la regla general, no se resentiría más en el futuro que la actualidad en que, por -- cierto, ningún grupo parlamentario cuenta con mayoría absoluta.

Ciertamente, se argumentará que el ejercicio del derecho subjetivo o, en general, el respeto a la ley orgánica, dependerá en muchos casos de las normas de organización, sobre todo tratándose de aquellos derechos que comportan una obligación de contenido positivo para los poderes públicos. Esto es cierto, pero lo único que indica es que la ley ordinaria que regula la materia deberá respetar los mandatos de la ley orgánica que regula el derecho o su objeto específico, cuando no se trata del desarrollo de las libertades; en todo caso, la ley orgánica fijará siempre, siquiera sea implícitamente, las directrices a las que debe ajustarse la normativa inferior.

La constatación de que, siempre dentro de la fidelidad al texto fundamental, es posible hallar leyes orgánicas que no agotan una materia, es decir, que comparten con otros productos normativos un determinado objeto de regulación, nos lleva al examen del segundo de los grandes problemas que plantea el artículo 81: la cuestión de la jerarquía normativa. Naturalmente, no es momento de examinar las peculiaridades de la re-

lación jerárquica y de la relación competencial (492), pero - si puede afirmarse que el criterio más seguro de distinción - se halla en la naturaleza de las materias. Cuando los objetos de regulación son distintos, las normativas se configuran como paralelas y entonces cabe hablar de competencia; la antinomia es imposible o, mejor dicho, sólo es posible a condición de violar las reglas de la competencia, de manera que en este supuesto no es menester examinar las dos normas contradictorias, sino que basta con analizar la regla de distribución competencial, o sea, la Constitución en nuestro caso. Por el contrario, cuando los objetos regulados son total o parcialmente coextensos la normativa ya no es paralela, sino superpuesta; en este caso, la antinomia es perfectamente posible y uno de los criterios para resolverla, tal vez el principal, - es el principio de jerarquía, que exige el estudio de las dos normas y no el de la regla de atribución de competencia, ya - que ambas son competentes para regular la materia.

En realidad, la Constitución española, al igual que la - francesa, no precisa el concepto de ley orgánica, ni establece expresamente que tenga una categoría superior, ni siquiera ha previsto un sistema de control que garantice la prevalencia de la ley orgánica en caso de conflicto; y esto último es

492) Vid. Crisafulli, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", Rivista trimestrale Diritto pubblico, 1960, p. 775 y s.; Ruggeri, "Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative", Milano, 1977. Algunos autores, a los que luego aludiremos, conciben la jerarquía y la competencia como términos antitéticos. No obstante, sin poder detenernos en el tema, creemos que en el fondo toda relación competencial es reconducible a una relación jerárquica y que la existencia de ámbitos de competencia entre dos normas no desvirtúa las reglas de la jerarquía.

lo más grave, ya que el control es el corolario de la supremacía de una norma. Quizás por estas razones Linde Paniagua -- (493) afirma que "... este requisito exigido en una fase del procedimiento legislativo ni modifica la naturaleza de los citados productos normativos de las Cortes, que son leyes, ni, por tanto, las leyes orgánicas tienen rango superior a las demás" (494).

Ciertamente, la posibilidad de admitir esta relación jerárquica ha causado perplejidad en un sector doctrinal, acostumbrado a traducir el esquema de la separación de poderes en el sistema de fuentes; y en verdad la atribución de un valor jerárquico superior no deriva en este caso de un origen político peculiar, pero, desde una perspectiva jurídico-formal, -- poco importa que las leyes orgánicas y las ordinarias reconozcan una misma fuente de creación, es decir, que ambas sean -- productos del poder legislativo. La superior jerarquía de las primeras deriva de que la categoría autónoma "leyes orgánicas", que se define en función de un elemento material y de una condición formal, ha sido revestida de una especial protección frente a las demás normas y, en concreto, frente a la

493) "Ley y Reglamento...", cit., p. 257.

494) Sin ánimo exhaustivo, la tesis de la relación competencial es defendida, además de por el prof. Linde, por García de Enterría, T. R. Fernández, op. cit., vol. I, p. 135; Santamaría Pastor, op. cit., p. 41 y s; Mendoza Oliván, op. cit., p. 93; Galvez Montes, op. cit., p. 940; Garrorena, "Acerca de las leyes orgánicas y de su especial naturaleza jurídica", Revista de Estudios Políticos, núm. 13, nueva época, p. Por el contrario, la opinión aquí sostenida puede hallarse, con más o menos matices, en Alzaga, op. cit., p. 538; Sosa Wagner, op. cit., 1984; Díez Picazo, "Constitución y fuentes del Derecho", REDA, núm. 21, p. 194; J. de Esteban, L. López Guerra, -- op. cit., p. 121.

ley ordinaria, que no puede derogar ni modificar un texto orgánico (495); y estimamos que esta solución, implícitamente avalada por la propia Constitución, ha sido confirmada de forma expresa por el artículo 28,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El fundamento de la superioridad de la ley orgánica es el mismo que el de la propia Constitución, aunque su plasmación sea lógicamente menos rigurosa. El texto constitucional no se halla en una relación jerárquica con las demás normas del ordenamiento jurídico porque el órgano creador deba necesariamente ser especial y distinto de aquel que produce la legislación ordinaria; es necesario recordar las palabras de Kelsen (496) cuando calificaba de "puro Derecho natural justificar esta última medida (el planteamiento de la reforma constitucional ante una Asamblea constituyente o directamente ante el pueblo) diciendo que sólo al pueblo compete la reforma constitucional, porque él constituye la fuente última de todo Derecho". Por el contrario, lo habitual es que la Constitución y las leyes sean productos del mismo órgano y de ahí que en lugar de Asamblea constituyente sea mejor hablar de Asamblea legislativa constituyente (497). Precisamente, este "puro Derecho natural" es invocado por García de Enterría y Santamaría cuando afirman que la jerarquía de las normas es "un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen (498) o "de la jerarquización política de los ór

495) Como hemos visto, el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada en páginas anteriores sostiene una tesis diferente.

496) "Teoría General del Estado", cit., p. 331.

497) Vid. Kelsen, "Théorie pure du Droit", cit., p. 302.

498) García de Enterría, op. cit., p. 135.

ganos de los que aquellos textos emanan" (499). Pero si atendemos a la legitimidad democrática o, en general, política como criterio de validez y de jerarquía, ¿cómo sostener la superioridad de aquellas Constituciones elaboradas por un órgano que es sustancialmente idéntico al poder legislativo? o, en otro caso, ¿cómo negar naturaleza constitucional a las leyes ordinarias aprobadas mediante referendum?. En verdad, la organización jerárquica del orden jurídico refleja el problema político de la distribución del poder, pero no es un reflejo mecánico, sino que en el plano jurídico el tema de la jerarquía, como tantos otros de transcendencia política, se independiza relativamente y adquiere rasgos propios.

El concepto de jerarquía es, pues, un concepto rigurosamente jurídico, y la Constitución se hallará en la cima de la pirámide jurídica cuando reúna determinadas condiciones formales (500). La Constitución en sentido material puede definirse como aquella norma que se refiere a los órganos superiores y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (501) o bien, con expresión más depurada, como "la norma o las normas positivas que regulan la creación de normas jurídicas generales" (502). Ahora bien, la ley cuya caracterización acabamos de realizar y que denominamos Constitución, ¿es ya una --

499) Santamaría Pastor, op. cit., p. 42.

500) Ciertamente, la validez de la Constitución y, por tanto, su jerarquía, se reconducen a un problema de eficacia, como sucede con la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, pero ello no excluye que, en el plano jurídico, el problema de la jerarquía de la Constitución y de las demás normas no pueda analizarse haciendo abstracción del elemento "eficacia".

501) Kelsen, "Teoría General del Estado", cit., p. 330.

502) Kelsen, "Théorie pure du Droit", cit., p. 300.

norma jerárquicamente superior?. Es evidente que no, pues en este caso las normas que tienen el carácter de Constitución material todavía pueden ser modificadas o derogadas por leyes ordinarias; para que ello no suceda es necesario que la Constitución, además de contener las normas que regulan la creación de las leyes, recoja también una disposición según la cual los preceptos del texto fundamental sólo pueden ser modificados o derogados de acuerdo con un procedimiento especial (503). Como acertadamente señala Bobbio (504), la construcción del ordenamiento jurídico como sistema jerarquizado "nace de la observación de la naturaleza compleja de la organización del moderno Estado constitucional" y, en particular, de la reflexión sobre el valor de las Constituciones rígidas. Es significativo, en este aspecto, que el profesor Hart omita toda profundización en el principio de jerarquía para centrarse en la relación norma primaria norma secundaria (505). Pero — que el planteamiento gradualista de Kelsen no hubiera podido plantearse en la sociedad primitiva, en el Estado absoluto, — ni tal vez en un sistema de Constitución flexible, no debe representar ningún obstáculo a la tesis de que el de jerarquía es un problema rigurosamente jurídico; como cualquier fenómeno

503) Dice Jellinek, "Teoría General del Estado", cit., p. 403 que "en aquellos Estados en que las Constituciones ni por su fijación ni por su modificación se distinguen de una manera especial carecen éstas de toda significación práctica en la vida del Derecho".

504) "Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen" en "Contribución a la Teoría del Derecho", trad. de A. Ruiz Miguel, F. Torres editor, Valencia, 1980. p. 255. — La versión italiana en "Dalla struttura alla funzione", ed. di comunità, cit., p. 206-207.

505) Vid. Hart, "El Concepto del Derecho", cit. p. 99 y s.

no jurídico tiene una finalidad política o moral que trans --
ciende del puro análisis dogmático, pero, reconocida esta vin
culación, creemos que la jerarquía entre las normas ha de ob-
servarse a la luz de un criterio formal como es el del proce-
dimiento de su elaboración. Tanto mejor si las normas superio-
res emanan de un órgano de composición más democrática y tie-
nen por objeto cuestiones más relevantes. Es deseable que el
grado jerárquico se ajuste al grado de legitimidad, pero no -
imprescindible. Por ello no puede considerarse un obstáculo -
que las leyes orgánicas y las ordinarias reconozcan un mismo
autor, pues, al igual que la Constitución, su superioridad no
se funda jurídicamente en la legitimidad del órgano, sino en
un criterio puramente formal (506).

Ello prueba, a nuestro juicio, que entre ley ordinaria y
ley orgánica existe una relación que reúne las condiciones ne
cesarias para calificarla como una relación jerárquica. Queda
por examinar el problema de la fiscalización, pero antes es -
conveniente retomar la cuestión inicialmente planteada y pre-
guntarse si en nuestro ordenamiento jurídico la ley orgánica
y la ordinaria se configuran como normativas paralelas o su -
perpuestas. ¿Qué naturaleza tiene la distribución de materias
entre la ley ordinaria y la ley orgánica?. Según creemos, a -
la vista del art. 81,1, debe afirmarse la existencia de una -
relación jerárquica. Se ha señalado en contra de esta tesis,

506) Ciertamente, pudiera sostenerse que la legitimidad es su
perior en las leyes orgánicas, pues exigen unos fundamen-
tos democráticos más sólidos, pero en realidad, aunque -
estimemos que la legitimidad es una cuestión de cualidad
más que de cantidad, la solución defendida sería la mis-
ma.

que la "superlegalidad material ni existe ni puede existir, porque la ley ordinaria y la orgánica son dos instrumentos -- normativos que por imposición constitucional, se mueven en ámbitos materiales diversos" (507). Ciertamente, si la distribución de competencias fuese tan rigurosa, perdería fuerza el - argumento de la relación jerárquica, ya que los órdenes de regulación serían distintos y, por lo tanto, la contradicción - imposible. Lo que sucede es que tras una lectura reposada del texto constitucional, esta afirmación no puede sostenerse.

Probablemente, alguna ley orgánica agotará de tal forma - la materia que constituye el objeto de su regulación, que se- rá inconcebible el planteamiento de una antinomia, en la que la inconstitucionalidad de la ley ordinaria no derive de su - incompetencia, esto es, de la infracción del artículo 81,1 de la Constitución; pero creemos que en otros muchos supuestos - esta solución no será satisfactoria y la afirmación del prin- cipio jerárquico, además de posible en el plano del análisis jurídico, se impondrá como necesario para salvaguardar la se- guridad y la certeza del ordenamiento.

En efecto, cuando nos referimos a la "reserva material" - de la ley orgánica o a "las materias propias de las leyes or- gánicas", utilizamos la expresión materia en un sentido estric- tamente jurídico que no siempre coincide con las "materias" - del mundo exterior que habitualmente constituyen el objeto de la norma jurídica. Porque el artículo 81 no enumera materias,

507) Santamaría Pastor, op. cit., p. 43. Vid. también Mendoza Oliván, op. cit., p. 94-95.

sino formas, es decir categorías jurídicas. Así, los derechos fundamentales son una construcción doctrinal recogida por la Constitución, pero que no agota ninguna materia ni tampoco -- ninguna disciplina jurídica, sino que, por el contrario, se -- integra en ámbitos materiales muy diversos. Como es obvio, -- las garantías procesales son Derecho procesal, pero no todo -- el Derecho Procesal está constituido por garantías procesales; el derecho a la no discriminación por razón de filiación o el derecho a contraer matrimonio forman parte del Derecho civil, pero el Código civil no debe adoptar la forma de ley orgáni -- ca. Por lo demás, el ejercicio de los derechos fundamentales es concebible en los más variados ámbitos de actividad huma -- na, los cuales constituyen otras tantas materias objeto de -- normas generales o individuales: leyes, órdenes ministeria -- les, contratos, actos administrativos, etc. ¿Acáso el conteni -- do de estos derechos fundamentales regulados en leyes orgáni -- cas no puede entrar en contradicción con una norma de Derecho civil, procesal, laboral, etc., que en modo alguno puede cali -- ficarse de orgánica?. Así, la regulación del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar requerirá ciertas previ -- siones en orden a la protección de estos derechos "post mor -- tem", legitimado a los herederos para ejercitar las acciones correspondientes; nos hallamos aquí ante una norma relativa a la sucesión, quizás a la sucesión testamentaria, que es una -- materia regulada en el Código civil. Pues bien, ni la primera norma puede dejar de ser ley orgánica, ni el Código civil pue -- de alcanzar dicha categoría; y, sin embargo, la contradicción es posible, en cuanto que la norma que regula y organiza las

sucesiones puede ser contradictoria con la norma que protege el derecho al honor de este punto concreto. Se dirá, tal vez, que la antinomia puede resolverse mediante un criterio de especialidad y, en efecto, así ha de suceder en muchos casos, - pero en otras ocasiones la aplicación de ese criterio no será posible porque las normas serán, desde distintos puntos de -- vista, igualmente específicas o generales.

Tal vez se insistirá en que aun en los supuestos señalados es posible distinguir entre materia propia de ley ordinaria y materias que exigen ley orgánica. Teóricamente, puede - admitirse ese punto de vista en relación con algunas cuestiones, si bien debe indicarse que la falta de precisión del art. 81,1, que es la regla de atribución de competencia, convierte la labor de distinción en una empresa muy difícil, y juzgamos improbable que pueda ofrecerse un criterio seguro en numero - sas materias que son claramente coextensas, es decir, que --- constituyen el objeto de regulación de leyes orgánicas y ordi - narias. Pero, en cualquier caso, conviene plantear una doble reflexión; en primer lugar, que, sin existir una antinomia -- clara y evidente, del conjunto de reglas jurídicas regulado - ras de un instituto derive un régimen que fruste los mandatos de una ley orgánica. Se trataría de una oposición institucio - nal, de una disciplina normativa que, sin invadir el ámbito - material del art. 81,1, o sea, sin dejar de ser competente, - resultaría incompatible con el sentido de la ley orgánica. En segundo lugar, y aunque luego volveremos sobre el tema, el -- criterio de la competencia conduce al gobierno de los jueces, más concretamente, de los jueces constitucionales. El motivo

es que, salvo infracciones flagrantes del art. 81,1, la regla de atribución de competencia es lo suficientemente ambigua como para tolerar interpretaciones muy plurales. Si optamos por el principio de competencia, en caso de antinomia siempre será necesario acudir al art. 81, el cual no nos ofrecerá ningún criterio seguro, por lo que el Tribunal Constitucional, - legitimado para conocer la regla de atribución, gozará de amplia discrecionalidad. En cambio, la relación jerárquica presenta unos contornos más seguros; no se excluye, por supuesto, el principio de competencia, de manera que se podrá sostener la constitucionalidad de la ley ordinaria, precisamente - porque la orgánica no se ajusta al art. 81, pero, en principio, se presume la legitimidad de la interpretación constitucional verificada por el legislador orgánico, y, en todo caso, se podrá resolver el problema sin necesidad de acudir a - la regla del art. 81,1, mediante el criterio de la jerarquía: la norma superior se impone sobre la inferior, ya que ésta no puede modificar o derogar los mandatos de aquélla, tal y como prescribe el artículo 81,2.

Por otro lado, en las leyes orgánicas pueden regularse, - con un criterio discutible, cuestiones que si bien se refieren al desarrollo de los derechos fundamentales, no constituyen ese desarrollo y son indiferentes desde el punto de vista de la protección del derecho subjetivo, y si figuran en un -- texto orgánico es en atención a un criterio material. Por ejamplo, el artículo 3,1º de la Ley Orgánica General Penitencia - ria, de 26 de diciembre de 1979, dice: "Los internos podrán - ejercer los derechos políticos, sociales, económicos y cul-

turales...". Se trata de un precepto que admite forma de ley orgánica. Ahora bien, en el Título VI de la LOGP se recogen los principios generales del régimen de los funcionarios de prisiones y el Título I regula los establecimientos penitenciarios en su aspecto orgánico, que no son cuestiones que puedan incluirse en el catálogo de materias del artículo 81, al menos de acuerdo con una interpretación razonable del mismo. Es muy probable, nosotros creemos que seguro, que si se hubiese dictado una norma independiente que recogiese el contenido del Título I de la LOGP, o al menos parte del mismo, dicha norma no hubiese tenido carácter orgánico; y lo mismo podemos decir del Título II. Es más, en el futuro no creemos que exista ningún obstáculo para que una ley ordinaria contemple y desarrolle algunas cuestiones integradas hoy, insistimos que en atención a un criterio material muy discutible, dentro de un texto orgánico. Y dicha ley no será inconstitucional porque no vulnera el artículo 81, pero en cambio podrá ser contradictoria con lo estipulado en una ley orgánica, con la particularidad de que, adoptando la tesis aquí defendida, esta última deberá imponerse sobre la primera porque entre ellas existe una relación de jerarquía. Salvo que se entienda, lo que también sería muy discutible en el caso comentado, que la Ley Orgánica General Penitenciaria representa una flagrante violación del artículo 81,1. Resulta, pues, discutible el criterio del legislador y también el punto de vista contrario, lo que demuestra que el art. 81 no ofrece elementos claros y precisos, por lo que un margen de discrecionalidad existe casi siempre, en el legislador o en el Tribunal Constitucional. De

ahí que abogamos por una solución moderada y razonable; son las Cortes Generales quienes detallan o concretan el ámbito de la ley orgánica y, en principio, debe considerarse que su interpretación del art. 81,1 es legítima; sólo en casos de evidencia puede tolerarse que el criterio del legislador se sustituya por el de un Tribunal.

Por otra parte, en algunos casos el carácter superpuesto de la normativa parece evidente; así, por ejemplo, las leyes orgánicas de transferencia o delegación a que alude el artículo 150,2 pueden contener directrices y orientaciones, que deben respetarse por las leyes de las Comunidades Autónomas en virtud del principio de jerarquía (508). Así también, el artículo 8,2 de la Constitución señala que "una ley orgánica regulará las bases de la organización militar...". No vamos a discutir ahora el alcance de las "bases", pero parece que si algunas normas regulan las bases, otras deberán hacer lo propio con las cuestiones o temas adjetivos, es decir, no básicos. Sin embargo, la materia es la misma -la organización militar- y la contradicción también aquí es posible.

Otorgar a las leyes orgánicas un valor superior parece -- que fue desde el principio el propósito del legislador constituyente, como lo prueba su vacilación inicial entre la denominación de orgánicas y constitucionales; ya hemos señalado que esta segunda opción hubiese fortalecido la autonomía de la le

508) Pudiera quizás hablarse de un exceso en el ejercicio de la competencia, pero entonces desaparece la noción de jerarquía en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico. - Vid. Quadra-Salcedo, "La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas", REDA, 24, enero-marzo, 1980, p. 58.

gislación orgánica, pero, a nuestro juicio, que al final se -
impusiese la otra terminología no puede entenderse como una -
renuncia al reconocimiento de un escalón normativo superior,
sino que más bien responde a la intención de evitar un posible
confusionismo entre las leyes constitucionales y la propia --
Constitución.

Por último, la superlegalidad del sistema de fuentes de -
los derechos fundamentales reservados a la forma orgánica ---
creemos que deriva también de la especial vinculación que --
existe entre el texto constitucional y el cuerpo de leyes or-
gánicas. Las leyes ordinarias, dentro de ciertos límites for-
males y materiales que impone la propia Constitución, son el
instrumento idóneo mediante el cual se manifiesta el poder le-
gislativo, quien recibe de la Constitución una habilitación -
general para regular toda clase de hechos o situaciones. Sin
embargo, las leyes orgánicas aparecen configuradas con mucha
mayor rigidez, pues no sólo han de moverse dentro del los --
principios y reglas constitucionales, sino que además es la -
propia Constitución la que determina su objeto. La ley orgáni-
ca no es un instrumento normativo que el legislador pueda uti-
lizar libremente para la regulación de cualquier materia, ya
que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce validez a otras
leyes orgánicas que no sean las taxativamente previstas en la
Constitución. En consecuencia, la ley ordinaria no dejará de
tener tal carácter por el hecho de que haya sido aprobada por
mayoría absoluta, incluso por unanimidad; y esto aunque tenga
por objeto la regulación de alguna de las materias enunciadas

en el artículo 81,1º (509), ya que creemos que tal regulación debe realizarse expresamente mediante una ley orgánica, lo -- que significa que las Cortes habrán de constituirse en "legis-- lador orgánico", publicando el texto en el Boletín Oficial -- del Estado con la denominación de "ley orgánica". El texto -- fundamental no dice que determinadas materias deberán regular-- se mediante ley aprobada por mayoría absoluta, sino mediante ley orgánica. No estamos ante una simple diferencia de votos, sino ante dos tipos normativos de naturaleza distinta.

Por otra parte, y aunque en relación con estos problemas el Derecho Comparado no resulta especialmente útil, conviene señalar que la doctrina francesa tiende hacia un reconocimien-- to de la ley orgánica como categoría normativa autónoma. A pe-- sar de que las leyes orgánicas de la V República tienen una -- importancia más reducida que las españolas, tanto por su núme-- ro como por la naturaleza de las materias reservadas, y a pe-- sar de que en un principio la crítica francesa consideró que "sería exagerado hablar de superioridad de la ley orgánica en relación con la ley ordinaria" (510), hoy parece que esta pos--

509) En este caso podrá impugnarse su validez, pero no será -- una ley orgánica si no ha sido promulgada con tal carác-- ter, aunque su aprobación fuese unánime.

510) Vid. Soto, J., "La loi et le règlement dans la Constitu-- tion du 5 octobre 1958", Revue de Droit Public et de la Science Politique", 1959, mars-avril, p. 275. Al igual -- que anteriormente negabamos el supuesto mimetismo "gau-- llista" de nuestro legislador, conviene señalar aquí que en la opinión del superior rango de la ley orgánica no -- resulta "bien visible la influencia de la doctrina fran-- cesa, anclada en este punto en un formalismo riguroso -- que el centralismo exacerbado de su ordenamiento jurídi-- co contribuye a dotar de mayor rigidez todavía", según -- quiere García de Enterría-Tomás Ramón Fernández, op. cit. p. 135.

tura está en vías de revisión, reconociéndose un valor especial a la ley orgánica. "Esta introducción de un escalón intermedio en la jerarquía de fuentes se justifica, dice Burdeau, desde un punto de vista formal, por el hecho de que la elaboración y la modificación de las leyes orgánicas obedecen a un procedimiento particular" (511).

Ahora bien, los argumentos señalados serían probablemente insuficientes si el ordenamiento no hubiese previsto un modo de garantía o protección de las leyes orgánicas. No es casual que Kelsen elaborase una teoría gradualista, con especial insistencia en la relación jerárquica, y que al mismo tiempo incorporase a la Constitución austriaca todo un sistema de legislación negativa encaminado a expulsar del orden jurídico las leyes inconstitucionales, con lo cual en definitiva se consagraba la superioridad de la Constitución (512). Los razonamientos acerca de la posible antinomia entre la ley ordinaria y la orgánica, que desvirtúan los fundamentos de la pretendida relación competencial, e incluso la constatación de que la ley orgánica sólo puede ser aprobada, modificada o derogada de acuerdo con lo establecido en el art. 81,2 resultarían tal vez insuficientes si no fuesen acompañados de lo que constituye el corolario de la superioridad formal, esto es, la existencia de un procedimiento de fiscalización. En este aspecto, la competencia del Tribunal Constitucional resulta

511) Burdeau, G., "Traté de Science Politique", tome IV. "Le statut du Pouvoir dans l'Etat", deuxième édition, LGDJ, 1969 p. 202.

512) Vid. Giovannelli, A., "Dottrina pura e Teoría della Costituzione in Kelsen, Giuffrè, Milano, 1979, p. 96 y s.

indiscutible y plena, ya que no se circunscribe sólo al examen formal, esto es, al control del proceso de formación de la norma, sino que comprende también una fiscalización material, un examen contradictorio del contenido de los preceptos, de manera que el Tribunal se erige en defensor del "bloque de constitucionalidad", que incluye según creemos, a las leyes orgánicas.

Por atribución del texto fundamental corresponde al Tribunal la tarea de vigilar la pureza del procedimiento de formación de las leyes, y es evidente que éste se infringe cuando se regula alguna de las materias reservadas a la ley orgánica sin respetar los requisitos que establece el art. 81,2 de la Constitución. La L.O. del Tribunal Constitucional ha venido a reforzar considerablemente el sistema de protección de las leyes orgánicas. En primer lugar, al ocuparse expresamente de este problema, en el artículo 28,2 señala que el Tribunal podrá declarar inconstitucionales los preceptos de cualquier ley ordinaria o producto normativo análogo por infracción del art. 81 de la Constitución cuando "no haya sido aprobada con el carácter de orgánica"; conviene insistir en esta expresión: la LOTC no sanciona con la inconstitucionalidad a la ley que invade la reserva de ley orgánica sin haber sido aprobada por mayoría absoluta, sino a la que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica, un carácter que, como hemos visto, no se logra por la simple obtención de un quorum especial.

En segundo lugar, y creemos que este punto expresa con claridad la naturaleza que la LOTC atribuye a la categoría de las leyes orgánicas, el artículo 28,2º establece que "el Tribu

nal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-Ley... en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera — que sea su contenido". Repárese en que la declaración de inconstitucionalidad procede en dos supuestos distintos: cuando las disposiciones regulen materias reservadas o cuando modifiquen una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido; en el primer caso, se protege la Constitución y, en el segundo, las leyes orgánicas. Evidentemente, si se hubiese considerado que la ley orgánica es una categoría autónoma, pero no jerárquicamente superior a la ley ordinaria, el único procedimiento de fiscalización sobre las normas ordinarias que se hubiera podido concebir es el citado en primer lugar: la infracción de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81. Pero cuando se admite que la declaración de inconstitucionalidad puede fundarse además en la modificación o derogación de una ley orgánica anterior, lo que se hace es reconocer la superioridad de ésta, en especial cuando se añade — que esta fiscalización procede "cualquiera que sea su contenido", es decir, el contenido de la ley orgánica (513). En otras

513) La expresión "cualquiera que sea su contenido" ha de referirse a la ley orgánica y no a la ordinaria por los siguientes motivos: primero, porque la frase no está separada por una coma o por una conjunción "y", por lo que debe vincularse directamente a la "Ley aprobada con tal carácter", es decir, la orgánica. Segundo, porque el contenido de la ley ordinaria es indiferente cuando se declara su inconstitucionalidad por infracción del artículo 81 de la Constitución, esto es, por no respetar el procedimiento; pero jamás puede hacerse abstracción de su contenido cuando su ilegitimidad se origina en la modifi

palabras, existiendo una ley orgánica, el control de inconstitucionalidad de una ley ordinaria no requiere emprender una - tarea de interpretación del artículo 81, discutiendo si invade o no la reserva en él consagrada; basta comparar el contenido de la ley orgánica y de la ordinaria y, si resultan contradictorios, ésta última deberá ser expulsada del ordenamiento. Por el contrario, de no aceptarse la distinción jerárquica, esta segunda vía de fiscalización hubiese sido inconcebible; sólo por referencia a la Constitución el Tribunal Constitucional hubiera estado en condiciones de ejercer un control sobre la legislación no orgánica.

El art. 28,2 de la LOTC debe interpretarse, no obstante, a la luz del artículo 81,1 de la Constitución, lo que significa que la ley orgánica no puede tener "cualquier contenido", sino precisamente el señalado en dicho precepto constitucional. Lo que sucede es que, como hemos indicado, el art. 81 está redactado en términos poco precisos, de manera que en relación con cada tema concreto nadie puede considerarse en posesión de la verdad interpretativa. Aunque no compartimos alguna de sus consideraciones, tiene razón F. Rubio y M. Aragón - (514) cuando afirman que es función del legislador orgánico -

cación o derogación de una ley orgánica, pues en tal supuesto la inconstitucionalidad no atiende al procedimiento sino precisamente a que su contenido resulta contradictorio con el de una ley orgánica anterior. Por ello, en definitiva, lo importante es que la inconstitucionalidad deriva de la antinomia entre dos leyes que no son de naturaleza constitucional, y aunque aceptásemos que el último inciso del art. 28,2^o se refiere a la ley ordinaria, lo que parece correcto, la solución sería la misma: la ilegitimidad no nace de una violación de la ley fundamental, sino de la contradicción con la ley orgánica.

514) "La Jurisdicción constitucional" en "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático, dirigido por los profesores Predieri y García de Enterría, cit. p. 812 y s.

concretar o detallar el ámbito de las materias abstractamente enunciadas en el art. 81,1. Efectivamente, es función del legislador orgánico y no de ningún otro poder, y lo que hace el art. 28,2 de la LOTC es sencillamente reforzar la presunción de legitimidad de la interpretación que del art. 81 realiza la ley orgánica. Como es lógico, se trata de una presunción "iuris tantum", pero lo que ningún Tribunal puede hacer es su plantar al legislador en su función de concretar o detallar el ámbito material reservado a la ley orgánica; por su puesto, la libertad del Parlamento no puede transformarse en una interpretación arbitraria y contraria a la lógica de las palabras, pero ahí comienzan sus límites y ahí también las facultades del Tribunal Constitucional en defensa de una ley ordinaria frente a un texto orgánico. Por ello, después la LOTC, parece más razonable impugnar primero la norma orgánica, destruyendo así la presunción de legitimidad que, a tenor del art. 28,2, hace de esta categoría normativa un parámetro para juzgar la constitucionalidad de la ley ordinaria.

En definitiva, parece que después de las previsiones que hace la LOTC ya no cabe duda de que las leyes orgánicas son, primero, una categoría normativa autónoma y distinta, y, segundo, que ocupan un lugar jerárquicamente superior al de las leyes ordinarias. A la luz del precepto ultimamente citado, queda claro que la inconstitucionalidad no se funda sólo en la infracción del artículo 81 de la Constitución, sino también en la irregularidad que supone la incorporación a una ley ordinaria de un contenido contradictorio con los mandatos de una orgánica precedente.

No es preciso insistir en la enorme transcendencia que para la protección de los derechos fundamentales tiene la concesión de superlegalidad a una parte sustancial de su sistema - de fuentes como es la constituida por las leyes orgánicas. Como ya expresábamos anteriormente, el desarrollo de las libertades y de sus garantías requerirá un consenso más amplio que el que ofrece la simple mayoría, lo que sin duda presenta ventajas e inconvenientes. Pero una vez regulados por la ley orgánica, los derechos fundamentales adquieren una fuerza especial dentro del orden jurídico, una fuerza que deriva de esa superlegalidad formal. Sin duda, la norma que regule alguno - de los objetos enunciados en el art. 81,1 sin ajustarse al -- procedimiento descrito en el apartado 2 deberá declararse inconstitucional por infracción de la regla de competencia; pero sin necesidad de acudir a esa costosa operación, cualquier norma que contradiga los mandatos de una ley orgánica o que - regule una cuestión marginal o conexa a los derechos fundamentales frustrando el régimen jurídico establecido en la ley orgánica deberá ceder ante ésta. Eventualmente, además, el Tribunal Constitucional podrá declarar su inconstitucionalidad - al amparo del art. 28,2 de su Ley reguladora, pero en todo caso el juez ordinario deberá aplicar preferentemente la normativa orgánica.

No pueden ocultarse las dificultades que presenta esta última afirmación, pero creemos que la competencia del juez ordinario es necesaria y coherente con el planteamiento que hemos sostenido de la ley orgánica. En principio, esa competencia resulta indiscutible por el camino de la "lex specialis";

al resolver un problema concreto el juez puede encontrarse - con dos normativas contradictorias y uno de los criterios que ha de utilizar para solucionar la antinomia es el de especialidad, que lógicamente, tratándose de derechos fundamentales, le debe hacer inclinarse por la ley orgánica, ya que la Constitución configura a esta ley como el instrumento específico de regulación de las libertades. Es justo suponer que, ante - un conflicto relativo a derechos humanos, se apliquen prefe - rentemente las normas que, por imperativo constitucional, es - tán llamadas a regularlos, sobre aquellas otras que, por vía de regulación general, puedan haber incidido en su régimen ju rídico.

Pero en la práctica esta solución no siempre resultará — útil; primero, porque la ley orgánica y la ordinaria pueden - configurarse como igualmente especiales o generales desde dis tintos puntos de vista; y, segundo, porque las controversias judiciales no expresan en todo caso un conflicto sobre dere - chos fundamentales, sino que a veces el ejercicio de estos — aparecerá cuestionado con motivo de cualquier pretensión jurí dica relativa a un problema civil, penal o laboral, cuya regu lación corresponde a la ley ordinaria. ¿Puede el juez aplicar preferentemente la ley orgánica sobre la ordinaria, no en vir tud del principio de especialidad, sino en atención a la supe rior jerarquía?.

La respuesta afirmativa tropieza con dos grandes dificultades; la primera, como es obvio, que se acepte la superior - jerarquía de la ley orgánica, lo que es improbable, no sólo - porque razones atendibles militan en contra de la tesis aquí

defendida, sino sobre todo porque la existencia de un escalón intermedio entre la ley y el texto constitucional carece de arraigo en nuestra cultura jurídica, cultura que juega un importante papel en la formación de la decisión judicial. El segundo motivo se refiere al sistema de defensa constitucional elegido por nuestro ordenamiento. Como es sabido, la Constitución opta por el régimen austriaco de jurisdicción concentrada, que implica la atribución a un órgano especial de competencia exclusiva para juzgar la legitimidad de las leyes. De ahí que cuando el juez considere que una norma con rango de ley resulta contraria a la Constitución no pueda dejar de aplicarla sin más, sino que debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 163).

Por ello, concebida la relación ley orgánica-ley ordinaria como una relación competencial, es evidente que toda controversia deberá resolverse por el Tribunal Constitucional, ya que su resolución exige examinar la regla de competencia, que es una norma constitucional. La cuestión se plantea de forma distinta si aceptamos el principio de jerarquía. En tal supuesto no se excluye el posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues lo más lógico es que la ley ordinaria contradictoria con una orgánica anterior sea además inconstitucional por invadir el ámbito material señalado en el art. 81,1. Pero ya hemos visto que no siempre ha de suceder así: la antinomia puede surgir sin necesidad de violar la regla de competencia, salvo que consideremos que el legislador orgánico, sobre la base del ambiguo e impreciso precepto del art. 81,1, es juez de su propia competencia. En tal caso,

sucede sin embargo que más que de competencia conviene hablar de jerarquía.

Esta es, según hemos indicado, la consecuencia que cabe - obtener del art. 28,2 de la L.O.T.C. Entonces, si aceptamos - la relación jerárquica y si, en un juicio razonable,, no se - aprecia infracción de la regla de atribución, no vemos difi - cultad en aceptar la competencia del juez ordinario para apli - car de forma preferente la ley orgánica. El problema que se - plantea no es de ilegitimidad constitucional y, por lo tanto, el juez debe resolver la cuestión por sí mismo, aplicando los criterios habituales de solución de antinomias, incluido el - de jerarquía, siempre naturalmente que se considere idóneo pa - ra explicar la relación entre leyes ordinarias y orgánicas.

X. LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO FUENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Las dificultades que presenta la caracterización científica del Derecho Internacional Público se ven tal vez acrecentadas cuando se plantea el problema de la protección de los derechos fundamentales, pues ello supone reconocer una relevancia al individuo en el orden internacional que, sin duda, resulta de difícil articulación en un ordenamiento "naturalmente" reservado a los Estados (515). Sin embargo, debe reconocerse que la protección del individuo y de los grupos goza ya de una cierta tradición en el Derecho Internacional; recordemos, a título de mero ejemplo, la Convención de Ginebra de -- 1864, origen del moderno Derecho humanitario de guerra, las -- realizaciones de la Sociedad de Naciones en la protección de ciertas minorías y de refugiados, etc. A pesar del notable -- progreso que cabe registrar en los sistemas de protección, de -- be indicarse que todavía se halla muy lejos de alcanzar un ni vel óptimo y que probablemente sigue siendo en el Derecho humanitario donde se obtiene una mayor eficacia. Por otra parte, es preciso recordar que la protección internacional de los de rechos humanos sólo es verdaderamente eficaz en ciertos ámbitos regionales, como el europeo, que se caracterizan por una tutela interna de los mismos bastante aceptable, de manera -- que en líneas generales puede decirse que el Derecho Internacional no es hoy un sustitutivo de los Derechos internos, sino

515) Vid. Verdross, A., "Derecho Internacional Público", trad. de la 4ª edición alemana por A. Truyol, Aguilar, Madrid, 5ª edición, 1973, p. 158 y s.

que en el mejor de los casos viene a reforzar los sistemas na
cionales. Tiene razón Vasak al decir que el Derecho Interna -
cional de los derechos fundamentales es un Derecho de mínimos
(516), que siempre admite una protección más eficaz por parte
de los Estados y que de hecho se plasma en esa especie de --
"cláusula de individuo más favorecido" que es, por ejemplo, el
art. 5, 2º del Pacto de derechos civiles y políticos (1966): -
"No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los
derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado --
parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costum-
bres so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o -
los reconoce en menos grado". Pero, desde otra perspectiva, -
este Derecho Internacional es también un Derecho de máximos -
ya que la tutela que ofrece, todavía tímida e insatisfactoria,
sólo adquiere toda su eficacia frente a los Estados que garan
tizan a sus nacionales un sistema mínimo de protección de los
derechos fundamentales (517).

Los convenios y tratados constituyen la fuente de mayor -
relevancia en el moderno Derecho Internacional, y sin duda --
también en el Derecho Internacional de los Derechos humanos,
pero desde esta perspectiva su estudio no es procedente en es

516) Vasak, K., "Vers un droit international spécifique des -
droits de l'homme" en "Les dimensions internationales --
des droits de l'homme". Manual destinado a la enseñanza
de los derechos del hombre en las universidades patrocinado por la UNESCO, K. Vasak, rédacteur général, París, 1978, p. 707 y s.

517) La bibliografía sobre esta cuestión es extraordinariamente amplia. Nos remitimos a la que figura en el libro del profesor Peces-Barba, "Derechos fundamentales", cit., p. 279 y s., en cuya elaboración tuve el honor de colaborar.

te capítulo. Sin embargo, los tratados ofrecen también una dimensión interna, con la misma vocación transformadora que es propia de las leyes, en cuanto que la norma jurídica que regula la creación de normas jurídicas generales (Constitución material de Kelsen) reconoce como idóneos para crear normas aquellos actos que dan lugar al tratado, o en cuanto una ley interna transforma en Derecho nacional el contenido de una regla internacional (518). En este aspecto, será preciso examinar los procedimientos de integración de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico y el lugar que ocupan dentro del mismo, es decir, el problema de la recepción y el problema de la jerarquía (519).

Por otra parte, los convenios sobre derechos humanos parecen desempeñar en nuestra Constitución un papel especial y dis-

- 518) De esta cuestión nos hemos ocupado en el capítulo VII de la obra del profesor Peces-Barba (en colaboración con --- Luis Prieto) "La Constitución española de 1978. Un comentario de Derecho y Política", cit.
- 519) Sobre este tema en relación con el texto constitucional, vid. Tomás Ortiz de la Torre, "El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978", en "Lecturas sobre la Constitución española", cit., vol II, p. 163 y s.; Aznar Sánchez, J., "Los tratados internacionales en la nueva Constitución" en "Lecturas sobre la Constitución española", cit., vol II, p. 531 y s.; Fernández Florez, - J.L., "La Constitución española de 1978 y los tratados internacionales" en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", cit., p. 255 y s.; Rodríguez-Zapata, J., "Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española" en "La Constitución española y las Fuentes del Derecho", cit., vol. III, p. 1737 y s.; Santolalla, F., "Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución", en "La Constitución española y las Fuentes del Derecho", cit., Vol. III, p. 1913 y s.; Linde, E., -- "Eficacia de la Convención en el Derecho español", capítulo VII de la obra colectiva coordinada por E. García de Enterría "El sistema europeo de protección de los derechos humanos" con trabajos de Linde, Ortega y Sánchez Morón, - Civitas, Madrid, 1979, p. 141 y s.

tinto de aquel que corresponde a los demás tratados internacionales suscritos por España; por supuesto, forman parte del ordenamiento jurídico, pero además, según indica el art. 10,2º, "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". El mandato constitucional produce sin duda una cierta perplejidad, ya que si los tratados forman parte del ordenamiento es evidente que sus normas habrán de considerarse a la hora de interpretar las españolas sobre la misma materia, procurando obtener así una solución coherente de todo el bloque normativo; pero esto no hacía falta decirlo. Y de hecho el Proyecto constitucional aprobado por el Congreso no contenía un precepto como el comentado, que aparece por vez primera en el Senado gracias a la enmienda 707 de UCD, con el propósito, al parecer bastante notorio (520), de propiciar una cierta interpretación del artículo 27 de la Constitución, de manera que por derecho a la educación se entendiese - el derecho a elegir el tipo de educación, la libertad de elección de escuela, según el art. 13,3º del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (521); con la particula

520) Vid. la defensa de la enmienda de UCD a cargo del Sr. Escudero, así como la intervención en turno en contra del Sr. Sainz de Varanda, defendiendo el texto del Congreso. Diario de Sesiones del Senado, núm. 42, 23 de agosto de 1978, Sesión núm. 4 de la Comisión Constitucional, p. 1739 y s.; "Constitución española. Trabajos parlamentarios", cit. vol. III, p. 3144 y s. Vid. también el trabajo ya citado de E. Linde, p. 141 y s.

521) Vid. "Textos básicos sobre derechos humanos", cit., p. 285.

ridad de que en nuestra Constitución el derecho a la educación no se articula como una libertad que genera una obligación de contenido negativo, sino como un derecho de crédito que se concreta en la prestación del servicio educativo, y ello no es — una proclamación más o menos retórica, sino un verdadero derecho que goza del más riguroso sistema de protección. En todo caso, es evidente que el precepto del art. 10,2º se ha desvinculado de los propósitos que justificaron su aprobación y, en consecuencia, es necesario precisar su alcance general en relación con todos los derechos fundamentales. No obstante, al tratarse de una regla especial en relación con el sistema que establece el capítulo III del Título III, parece más conveniente señalar primero las características generales de dicho sistema, que es común a todos los convenios internacionales, para analizar después las peculiaridades que ofrece este art. 10,2º, relativo a los convenios en materia de derechos fundamentales.

Muchos tratados obligan en la práctica únicamente a los Estados, en cuanto que al regular el tráfico jurídico internacional no siempre contienen preceptos que puedan tener una incidencia directa sobre los ciudadanos. No sucede así con los tratados sobre derechos fundamentales, cuya vocación es precisamente la contraria, retrocediendo a un plano muy secundario el problema de las relaciones interestatales; de ahí que la tradicional discusión sobre el valor como norma interna de los convenios internacionales adquiera para nosotros una relevancia particular y, aunque no procede aquí narrar las vicisitudes del problema a través de esas dos grandes escuelas o tendencias que pudieramos llamar internacionalistas y estatistas —

(522), puede decirse que, en síntesis, la cuestión se reduce a saber si el tratado, una vez perfecto en el orden internacional, es ya parte del ordenamiento jurídico estatal o si, por el contrario, su recepción exige un acto transformador que convierta la regla de Derecho externo en fuente normativa del Estado. Se trata de una disyuntiva político-ideológica, pues, como ya señaló Kelsen, los diferentes puntos de vista acerca de la naturaleza del Derecho internacional encierran verdaderas filosofías (523), probablemente muy influidas por los avatares de la historia (524). Desde esta perspectiva ideológica, es evidente que cualquier opción resulta legítima y dependerá del rigor con que se conciba la idea de soberanía.

Pero, a nuestro juicio, de "lege data", no caben soluciones a priori que descansen en dogmas como en el de la soberanía o el de la unidad del Derecho público. Nos hallamos ante un verdadero problema constitucional, en el sentido de que su solución corresponde a aquella norma de Derecho interno que tiene por objeto regular la creación de normas jurídicas generales (525), es decir, que determina los diversos actos y proce-

522) Vid. sobre la cuestión Rodríguez-Zapata, "Constitución, tratados internacionales y sistemas de fuentes del Derecho", R.C.E., Bolonia, 1976.

523) Vid. "Teoría General del Derecho y del Estado", cit., p. 462.

524) El Derecho internacional suele concebirse como un Derecho de paz y quizás por eso es constatable una tendencia internacionalista tras la primera guerra mundial, que se traduce, por ejemplo, en el artículo 4 de la Constitución de Weimar y en el 7 de la española de 1931.

525) Bien es verdad que para Kelsen la razón de validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el Derecho internacional, pero, además de que ahora podemos prescindir de esta cuestión, debe indicarse que tal Derecho internacional se configura más bien como un principio

dimientos que tienen la virtud de crear, modificar o extinguir normas jurídicas (526). Bien es verdad que nuestro punto de -- vista encierra también un cierto "prejuicio" político-ideológico, ya que supone concebir la norma internacional como una norma infraconstitucional, ya que en su "recepción" recibe del Derecho interno algo que no poseía: la validez en el orden estatal que sólo puede derivar de la ley fundamental, que reconoce como propia una determinada regla de Derecho (527). La infraconstitucionalidad de los convenios internacionales creemos -- que responde a exigencias jurídicas y políticas y también a -- las propias exigencias de un conocimiento realista del problema, pues de hecho es la Constitución quien decide el cuándo y el cómo de la obligatoriedad interna de los tratados. Exigencias jurídicas, además, porque no podemos renunciar al principio de unidad del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el cual

de efectividad de hecho: "La primera Constitución en el orden histórico es válida solamente porque el orden coercitivo que en ella descansa tiene eficacia general. De este modo, el orden jurídico internacional determina, en -- virtud del principio de la efectividad, no sólo el ámbito de validez, sino también la razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales", "Teoría General del Derecho y del Estado", cit., p. 437.

526) Vid. en el mismo sentido Mónaco, "Mamuele di Diritti in -- ternazionale pubblico", Torino, 1960, p. 55.

527) Toda la elaboración kelseniana sobre el Derecho Internacional gira fundamentalmente en torno a este problema. -- Vid. Kelsen, además de los capítulos dedicados a esta -- cuestión en sus obras generales ya citadas en el presente trabajo, "La transformation du Droit international en -- Droit interne", Revue Générale du Droit international public, vol. 43, 1936, p. 5-45. Vid. también Balladore-Pa -- llieri, "La dottrina di H. Kelsen e il problema dei rap -- porti fra diritto interno e diritto internazionale", R -- vista di Diritto internazionale, 1935, p. 24 y s.; Puente Egido, J., "La teoría pura del Derecho y la Ciencia del -- Derecho internacional", CSIC, Madrid, 1962, en particular p. 92 y s.

toda norma con pretensión de validez ha de poder reconducirse, con giros más o menos tortuosos, a la norma fundamental que culmina el sistema jurídico y que lo dota de coherencia. Y, finalmente, exigencia política porque mientras subsistan los Estados nacionales, y no se vislumbra su desaparición, la Constitución expresa la autodeterminación democrática del pueblo que cristaliza en el poder constituyente, de manera que todos los órganos estatales aparecen sometidos a las decisiones de soberanía, que no pertenece al Estado "autolimitado", sino que es una realidad lógicamente anterior y distinta; de manera que no puede ser concebible que los órganos del Estado que participan en la creación de la norma internacional, estén en condiciones, no ya de vulnerar la Constitución, sino ni siquiera de actuar al margen de sus mandatos; mucho menos, de crear reglas obligatorias para los ciudadanos mediante otros procedimientos que no sean los rigurosamente tasados en aquella norma que establece los modos de creación de normas. Debemos prescindir ahora de los problemas que genera la responsabilidad del Estado; por supuesto, es conveniente que la Constitución trate de evitarlos, procurando que el procedimiento para la conclusión de tratados se realice con las suficientes garantías y, sobre todo, asegurando la participación de aquel órgano estatal que ostenta el poder legislativo. Pero, en todo caso, por graves que sean esas responsabilidades, creemos que deberán asumirse por el Estado, sin que justifiquen jamás el reconocimiento de legitimidad a una norma que formal o materialmente resulte inconstitucional: el tratado sólo vincula en el Derecho interno en la medida y con las con

diciones que establece la norma constitucional (528). Aunque estas condiciones pueden variar en cada sistema, cabe reducirlas a dos posibles modalidades: o el tratado vale en su cualidad de norma internacional, lo que implica que el conjunto de actos idóneos para crear dicha norma son al mismo tiempo reconocidos como adecuados para crear, modificar o extinguir normas jurídicas internas; o bien, por el contrario, se requiere una labor de recepción, de transformación de la norma internacional en norma interna, que puede ser más o menos costosa, pero que en todo caso implica una cierta mediación.

Con anterioridad a 1978, la disyuntiva era resuelta por una norma materialmente constitucional recogida en el Título Preliminar del Código Civil: "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado" (529). La Constitución en su artículo 96,1º, ha venido a reconocer naturaleza supralegal al citado precepto mediante una redacción que, aunque formulada en sentido positivo, recoge en lo esencial la del Código civil: "los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados ofi

528) Problema relacionado con éste, pero que no se identifica con él es el de la primacía del Derecho interno. Vid. Verdross, "Derecho internacional público", trad. de A. Truylol, Aguilar, Madrid, 1963, p. 67 y s.

529) Vid. sobre esta norma Herrero de Miñón, "Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código Civil", REP, 198, Madrid, 1974. Remiro Brotons, "Las Cortes y la política exterior española". Universidad de Valladolid, 1977, p. 70 y s. En especial, ofrece interés para todas estas cuestiones la obra de Rodríguez-Zapata, "Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho", RCE, Bolonia, 1976.

cialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno" (530). La condición requerida para que el tratado forme parte del ordenamiento interno es, pues, doble: la válida celebración y la publicación. Lo primero es evidente y más tarde examinaremos qué requisitos exige la validez; pero, ¿cuál es el alcance de la publicación?. Concretamente, ¿es posible considerarla como el instrumento transformador mediante el cual el tratado se convierte en fuente del Derecho interno?.

No parece que en este punto la Constitución haya modificado de forma apreciable el sistema del Código Civil, que como se sabe no condicionaba la recepción del tratado en nuestro ordenamiento al requisito de la publicación, necesario únicamente para que aquel obtuviese directa aplicabilidad, lo que suponía aceptar, al menos, unos efectos indirectos. Aparentemente, la Constitución se muestra más rigurosa y tal vez pudiera deducirse que la integración en el ordenamiento jurídico requiera la previa publicación: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno" (art. 96,1º). Una lectura atenta del precepto y un conocimiento general del sistema de fuentes nos debe llevar, sin embargo, a la conclusión contraria. En principio, no existe ningún obstáculo natural o lógico a que la publicación del tratado se configure como un acto transformador que convierta la norma internacional en Derecho interno (recepción especial), pero ello siempre a condi --

530) Que el sistema de adopción o recepción no ha cambiado con la Constitución es reconocido por la mayor parte de los autores. Vid., por ejemplo, Fernández Flores, op. cit., p. 267-268.

ción de que se respete la preminencia del poder legislativo y que, por lo tanto, la decisión de enviar el convenio al Boletín Oficial del Estado corresponda a las Cortes Generales. La recepción especial a través del instrumento de la publicación no es impensable, pero siempre que la Constitución contuviese una cláusula del siguiente tenor: "Previa autorización del Congreso de los Diputados (o de las Cortes Generales) los tratados internacionales serán publicados en el Boletín Oficial del Estado". Pero la publicación aludida en el artículo 96,1º se presenta como un acto constitucionalmente obligatorio o debido. Tiene razón García de Enterría cuando compara este procedimiento con el que observan las leyes internas (531), en el que la sanción y promulgación del Rey (art. 62,a) no expresan en modo alguno un principio de legitimidad propia del monarca; tampoco la publicación del tratado internacional puede concebirse como una decisión constitutiva, sino más bien como la culminación de un "iter" en el que aparecen diversos actos sucesivos, algunos libres, pero otros absolutamente reglados; entre estos últimos, la publicación. Las Cortes Generales, depositarias de la voluntad general, pueden negar la autorización a que se refiere el artículo 94,1º, pero de igual modo que el Rey no puede manifestar oposición a la sanción y promulgación de las leyes, tampoco el funcionario u órgano competente puede suspender la publicación.

531) García de Enterría, E., Fernández, T.R., op. cit., p. 146 y s. Por su parte, Rodríguez-Zapata considera el instrumento de ratificación como un acto equivalente a la sanción y promulgación, op. cit., en primer lugar, p. 1761.

No cabe duda de que en el Estado de Derecho la publicación constituye un requisito esencial, pero no creemos que sea más riguroso en el supuesto de los tratados que en el de las leyes; el artículo 9,3º consagra constitucionalmente el principio de publicidad de las normas y no distingue el carácter de las mismas. Antes de publicarse, el tratado y la ley son normas perfectas, que, en lo que tienen de decisión política con vocación transformadora, pueden considerarse acabadas, pero ciertamente carecen de validez plena, ya que les falta un requisito esencial, garantía de seguridad jurídica, para ser aceptadas como propias por la norma de reconocimiento del orden jurídico; no pueden aplicarse por los Tribunales ni ser invocadas por los ciudadanos, lo que no impide una cierta relevancia incluso en el Derecho interno.

Por otra parte, conviene despolitizar el tema y no contemplarlo desde la óptica del nacionalismo o del internacionalismo. Lo importante es que la Constitución reconozca fuerza normativa sólo a aquellos productos que han sido elaborados con las debidas garantías, en particular con la intervención de las Cortes Generales. En este sentido, si concebimos la publicación de tratados como un acto constitutivo, lejos de reforzar las "prerrogativas" del Estado frente a sus obligaciones internacionales, lo que se hace es quebrar el esquema de separación de poderes en perjuicio del legislativo. Como hemos indicado, no existe ninguna oposición teórica o de principio a configurar la publicación como un acto transformador, pero sólo a condición de que el órgano encargado de verificar ese acto fuesen las Cortes Generales. Como indica Rodríguez-Zapate

(532), si la publicación es constitutiva no puede ser obligatoria. Pues bien, el artículo 96,1º no altera el régimen jurídico en materia de publicación, de manera que no es el legislativo quien debe ordenar el envío al Boletín Oficial del Estado, de donde se infiere que la publicación tiene carácter obligatorio y que, en consecuencia no puede ser constitutiva. Una solución diferente equivaldría a reconocer que el funcionario que ordena la publicación puede impedir que la norma entre en vigor, que se integre en nuestro ordenamiento como regla obligatoria para todos, directamente aplicable. Obviamente, esta cuestión tiene particular importancia en la clase de convenios que aquí nos interesan, cuya vocación no es ordenar las relaciones entre los Estados, sino tutelar la libertad de los ciudadanos frente a sus mismos Estados.

Así pues, el tratado existe antes de su publicación y precisamente la primera consecuencia o efecto jurídico de esa existencia es la publicación, que aparece así como un acto constitucional y reglado, obligatorio. Naturalmente, si por cualquier circunstancia no se produce la publicación (533), las normas del tratado no serán directamente aplicables o, como ha preferido decir la Constitución, no pasarán a formar parte del Ordenamiento interno. Es decir, exactamente igual que sucede con las leyes, cuya falta de publicación frustra su vocación innovadora de la realidad social. De todo ello cabe deducir que los tratados internacionales se integran en el Ordenamiento Ju

532) Vid. Rodríguez-Zapata, op. cit. últimamente, p. 1750 y s.

533) Vid. Rodríguez-Zapata, "Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho", cit., p. 266 y s.

rídico español desde el momento de su perfección como norma internacional, por lo que puede afirmarse que la Constitución ha optado, según modelo kelseniano, por el principio de la -- unidad del Derecho, en el sentido de que el procedimiento pre visto para obligar internacionalmente al Estado español se -- adopta también como forma idónea de crear normas jurídicas ge nerales dentro del Estado.

Ahora bien, esta opción jurídica presenta, como otras mu- chas, una indudable trascendencia política que podemos resu - mir en la siguiente pregunta: desde la perspectiva del Estado de Derecho, ¿el procedimiento establecido para obligar a los ciudadanos españoles mediante el instrumento de los tratados ofrece las mismas garantías que el arbitrado por la Constitu- ción para la elaboración de las leyes?. En este aspecto, debe indicarse que el protagonismo en la fase de negociación del - tratado corresponde al Gobierno, ya que, según el art. 97, él "dirige la política interior y exterior"; pero corresponde al Rey "manifestar el consentimiento del Estado para obligarse - internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes". También este acto del Rey es -- constitucionalmente debido. Sin embargo, en el procedimiento descrito existe un trámite fundamental que señala el art. --- 94,1º: la previa autorización de las Cortes para prestar el - consentimiento del Estado en cinco supuestos, a saber: trata- dos de carácter político o militar, que afecten a la integri- dad territorial del Estado o a los derechos y deberes funda - mentales del Título I, que impliquen obligaciones financieras y, por último, aquellos que supongan modificación o deroga --

ción de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. Dicha autorización deberá adoptar forma de ley orgánica cuando se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93). Verificada la prestación del consentimiento, el tratado debe publicarse inmediatamente en el Boletín Oficial del Estado, pasando a formar parte del ordenamiento jurídico español como norma de "aplicación directa".

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el procedimiento me parece impecable, ya que cualquier convenio que de una forma u otra afecte a los derechos tutelados en el Título I deberá contar con la previa autorización del poder legislativo, a quien corresponde también el desarrollo por ley de tales derechos. Es importante destacar que la citada autorización no sólo es necesaria para que el tratado sea válido como norma interna, sino también para que lo sea como regla internacional, con lo que se garantiza que el Estado español no asumirá ante la comunidad internacional obligaciones que vulneren el catálogo de derechos fundamentales enunciado en la Constitución; lo que no puede hacerse dentro de la nación, tampoco es legítimo frente al exterior. Sin embargo, esta constatación relativa a los tratados sobre los derechos humanos no resuelve por completo el problema, ya que el procedimiento mismo de elaboración de las normas, cualquiera que sea su objeto, constituye, si no un derecho fundamental, sí al menos una garantía institucional del Estado de Derecho, que parece conveniente explicar aquí, por cuanto que el principio de separación de poderes representa una condición de la liber

tad. En este sentido, ¿es satisfactorio el procedimiento descrito?. Ciertamente, la respuesta depende en gran parte de la postura que adoptemos en torno a la segunda de las cuestiones antes enunciadas: el problema de la jerarquía; pero, no obstante, debemos señalar ahora que el sistema no es plenamente coherente con el alcance que hemos reconocido al principio de legalidad en nuestra Constitución, ya que a tenor del art. -- 94,1º parece posible innovar el ordenamiento jurídico al margen de las Cortes Generales; probablemente, el supuesto debe considerarse excepcional, pues habida cuenta de lo frondoso -- de nuestra legislación, sucederá en ocasiones que la aprobación del tratado exija modificar alguna ley, o bien porque -- sea necesario dictar una ley para la ejecución del convenio, en cuyo caso se precisa la previa autorización del legislativo, pero la hipótesis apuntada no puede descartarse. Aunque -- supongamos que los cinco supuestos reseñados en el art. 94,1º cubren todas las reservas de ley establecidas en la Constitución, lo que requiere interpretar ampliamente el concepto de tratados políticos y derechos fundamentales, ¿acaso no es factible regular mediante convenios internacionales y sin control -- previo del legislativo (534) materias no afectadas por -- una reserva formal, es decir, no reguladas previamente por -- ley?. Las consecuencias son aún más graves si suponemos además -- que la ley no puede modificar un tratado, pues ello equi- -- le a una especie de "reserva reglamentaria" en la medida en --

534) Según el artículo 94,2º, el Congreso y el Senado serán -- inmediatamente informados de la conclusión de los trata- -- dos no comprendidos en los cinco supuestos reseñados.

que la materia objeto del acuerdo internacional queda sus --
traída a la regulación del poder legislativo; no sólo a la -
decisión primera, que ha correspondido a los Gobiernos nego-
ciadores, sino incluso a toda clase de decisión posterior --
que modifique sus cláusulas.

Como indicabamos anteriormente, el art. 96,1^a condiciona
la integración del tratado en el ordenamiento interno a su -
previa publicación oficial, pero también a que haya sido "va
lidamente celebrado", lo que, a nuestro juicio, puede no su-
ceder ya sea por vicio de inconstitucionalidad, ya sea por vi
cio en su formación como norma internacional. Esta solución,
un tanto discutible, me parece necesaria a la vista de la op-
ción constitucional en cuya virtud el convenio como norma --
del Estado sólo es válido si lo es también desde el punto de
vista del Derecho de los tratados, hoy recogido en la Conven-
ción de Viena. El Tribunal Constitucional debe juzgar pues -
la validez en la doble dimensión, interna e internacional, -
ya que en otro caso nos veríamos obligados a aceptar una ter
cera vía de regulación al margen de la ley y al margen del -
tratado internacional, de modo que se declararía la legitimi
dad de una norma, incluso reguladora de materias reservadas,
que ni se ajusta al proceso de formación de las leyes ni al
de los tratados. Esto equivale a buscar orientaciones para -
juzgar la legitimidad fuera de la Constitución, por lo que -
la válida celebración representaría un reclamo explícito a -
nociones jurídicas extrañas, si bien debe señalarse que este
fenómeno se registra en otros preceptos constitucionales ---

(535). No obstante, creo que el problema no ha de tener gra -
ves consecuencias, ya que la invocación del Derecho de los --
tratados, es sobre todo a efectos interpretativos de los pre-
ceptos constitucionales que hacen referencia a la prestación
del consentimiento.

En cualquier caso, las dudas que puedan surgir acerca de
la válida celebración de un convenio no pueden ser motivo que
justifique la falta o el retraso en la publicación, ya que, -
al igual que sucede con la ley, también aquí se presume la --
constitucionalidad de la norma mientras no se pruebe lo con -
trario. En este punto, sin embargo, es característica de los
tratados el que, además de la fiscalización ordinaria o a pos
teriori por parte del Tribunal Constitucional, pueden ser ob-
jeto de un control previo, recogido en el art. 95,2º de la --
Constitución, y hoy regulado en el art. 78 de la Ley Orgánica
del Tribunal Constitucional. Dicho control, que, como indica
Santaolalla (536), representa un filtro previo para evitar te
ner que recurrir al procedimiento más gravoso y comprometedor
para el Estado de la posterior impugnación, puede ser entabla
do por el Gobierno o por cualquiera de las Cámaras antes de -
la prestación del consentimiento para obligarse internacional
mente. Según creo, este recurso previo no excluye la ordina -
ria fiscalización a posteriori, a lo que, desde luego no cabe

535) Así, en el artículo 53,1º cuando se dice que las leyes -
deben respetar el "contenido esencial" de los derechos -
fundamentales del Capítulo II del Título I, parece que -
ese contenido debe buscarse en muchos casos fuera de la
Constitución. Vid. en este sentido, Predieri, op. cit., -
p. 196.

536) Santaolalla, F., op. cit., p. 1926.

oponer el segundo inciso del art. 96: "sus disposiciones sólo podrán derogadas, modificadas o suspendidas en la forma pre - vista en los propios tratados o de acuerdo con las normas ge - nerales del Derecho internacional". Esta protección es induda - ble que se refiere sólo a los tratados válidamente celebrados y, además, no puede decirse que el Tribunal Constitucional de - rogue o modifique, sino que anula, declara que el convenio -- nunca fué válido por oponerse a la Constitución (537). La ini - ciación de este segundo recurso puede realizarse por vía di - recta o incidental y no es incompatible con la impugnación -- previa, sin que quepa invocar la excepción de cosa juzgada -- (538).

Junto al de la recepción, el segundo gran problema que - presentan los tratados en su dimensión interna se refiere a - su valor, a su situación en el sistema jerárquico de normas. Aquí nuestro legislador constituyente, siguiendo un criterio jurídica y políticamente muy discutible, comenzó mostrándose muy generoso, ya que en el Anteproyecto de Constitución apare - cido el 5 de enero de 1978 en el Boletín Oficial de las Cor - tes se afirmaba que "los tratados internacionales válidamente

- 537) En este sentido, González Pérez, "Derecho procesal cons- titucional", cit., p. 80; Aragón Reyes, "El control de - constitucionalidad en la Constitución española de 1978", Revista de Estudios Políticos núm. 7 nueva época, enero- febrero, 1979, monográfico sobre garantías constituciona- les, p. 182 y s. En cambio, Almagro, "Justicia Constitu- cional", cit., p. 347 y Santaolalla, op. cit., p. 1926, aceptan la impugnación de la ley autorizante a que pare- ce referirse el art. 94 (acto singular con fuerza de ley) pero no el recurso directo contra el tratado. Pero, ¿qué fiscalización cabe entonces contra los tratados que no - precisan previa autorización de las Cortes?.
- 538) En igual sentido, González Pérez, op. cit., p. 273-274.

celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a la de las leyes" (art. 61,1º). Por fortuna, el texto definitivo se suavizó bastante y así el artículo 96,1º, segunda parte, se limita a señalar que las disposiciones de un tratado "solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". De esta previsión no puede deducirse lo contrario, es decir, no puede deducirse que los tratados sí pueden derogar o modificar una ley; pueden hacerlo, pero con la previa autorización de las Cortes Generales, lo que supone que si se omite dicha autorización, el tratado por sí mismo no se impone sobre la ley, que mantendrá plenamente su vigencia. A lo señalado debe añadirse la previsión contenida en el número 2º del mismo artículo 96: "Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94". Así pues, diríase que los tratados, como normas internas, gozan de un valor jerárquicamente superior al de las leyes (539), ya que sólo pueden modificarse según lo establecido en su cláusulas o de acuerdo con las reglas generales del Derecho internacional, pero en principio no por las leyes internas; por lo tanto, se situarían en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley, pues es indudable su naturaleza infraconstitucional, que con claridad expresa el artículo 95,1º.

539) Así lo entienden Santaolalla, op. cit., p. 1922 y Fernández Flores, op. cit., p. 271.

La opción constitucional me parece desacertada porque en cierto modo equivale a enajenar competencias de las Cortes Generales o, como dijo el Sr. Martín Retortillo en la discusión del Senado (540), "se hace una abdicación del sistema que rige como regla general para las fuentes del Derecho, se hace abdicación de la regla importante de la autonomía de la Cámara, que se expresa en el viejo criterio de que la ley posterior deroga a las anteriores". Resulta plausible conceder la recepción automática de los tratados cuando el procedimiento ofrece todas las garantías, lo que es dudoso, según hemos indicado; pero reconocer al convenio un rango superior al de la ley tiene consecuencias muy graves, ya que una cosa es la responsabilidad internacional del Estado y otra muy distinta que nuestro Derecho interno no pueda modificar unilateralmente -- una normativa que se juzga inadecuada para regular las relaciones entre ciudadanos españoles por quien tiene competencia para realizar ese juicio: las Cortes Generales. Téngase en cuenta además que algunos convenios no requieren la previa autorización de las Cortes, lo que implica que una normativa negociada por el Gobierno vincula para el futuro al poder legislativo. Ciertamente, esta especie de reserva formal representa un fenómeno patológico en nuestro sistema de fuentes, difícilmente compatible con una interpretación rigurosa del principio de legalidad.

540) Discurso del 6 de septiembre de 1978 ante la Comisión de Constitución del Senado, sesión núm. 12. Diario de Sesiones del Senado, núm. 50, p. 2336-2337, "Constitución española. Trabajos parlamentarios", vol. III, p. 3742-3743.

Debe indicarse, no obstante, que algún estudioso del tema ha pretendido buscar el criterio ordenador de las relaciones entre el tratado y la ley en el principio de competencia, que parece adquirir una importancia creciente en nuestro complejo sistema de fuentes normativas (541). Este punto de vista tropieza con obstáculos importantes, ya que no existe una norma superior que realice esa distribución de competencias, sino que es el tratado quien define su propia competencia. ¿Qué materias corresponde regular al convenio internacional?; en principio, todas aquellas que constituyen también el objeto de la ley. Incluso Rodríguez-Zapata reconoce que "una materia cubierta por un tratado o convenio internacional queda automáticamente sustraída a la intervención normativa unilateral del Estado" (542). Pero, a nuestro juicio, este criterio no ofrece una solución satisfactoria, ya que simplemente ahora en lugar de decir que la ley es inferior diremos que es incompetente, pero no por una decisión constitucional, sino porque el tratado ha congelado la regulación de la materia. Ello supone vaciar de todo contenido al principio de jerarquía, reconduciendo lo que es una relación jerárquica al esquema de la relación competencial.

Según la interpretación hasta ahora aceptada del artículo 96,1º, me parece más razonable afirmar que la relación entre el tratado y la ley es análoga a la que se establece entre la

541) Así, Rodríguez-Zapata, "Derecho internacional y sistema de fuentes" cit., p. 1766; García de Enterría y T.R. Fernández, op. cit., volumen I, p. 148.

542) Rodríguez-Zapata, "Derecho internacional y sistema de fuentes...", cit., p. 1766.

ley y el reglamento. Si aquella procede a regular un determinado tema que no se halle reservado en la Constitución, se -- suele decir por la doctrina que estamos ante una reserva formal o congelación de rango, que sin duda impide al reglamento modificar esa disciplina normativa, pero no porque sea incompetente, sino porque se configura como una norma de categoría inferior. De la misma manera, cuando el tratado regula una materia la ley no puede disciplinar el mismo objeto en sentido contradictorio. La ley no es incompetente, pues ningún obstáculo constitucional se opone a que regule la misma materia; - en cambio, sí resulta inferior porque sus mandatos deben respetar los contenidos en las cláusulas del tratado.

No debemos ocultar, sin embargo, que existe otra interpretación posible y, a nuestro juicio, más deseable del comentado artículo 96,1º y que sencillamente consiste en suponer que el segundo inciso de dicho precepto se refiere sólo a la di-mensión internacional de los tratados, a su cualidad de fuente del Derecho internacional (543). La Constitución declara - la voluntad de España de no apartarse de ningún convenio in-ternacional válidamente celebrado, salvo por los procedimientos establecidos en el mismo o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. El Estado no puede descincularse de los compromisos adquiridos mediante convenio de otra

543) La interpretación apuntada ha sido sugerida también por M. Aragón, "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978" en Revista de Estudios Políticos, nueva época, núm. 7, enero-febrero, 1979, p. 182; y más tarde por F. Rubio y M. Aragón en su trabajo "La jurisdicción constitucional", cit., p. 824.

forma que no sea la prevista en el artículo 96, pero las normas de áquellos, en su dimensión interna que obliga a los jueces y a los ciudadanos, deben quedar sometidas al régimen de modificación ordinario de cualquier ley. Sólo así se logra -- evitar que las Cortes Generales abdiquen de esa regla de oro a la que antes aludíamos: que la voluntad general no es estática, sino dinámica; que la decisión del legislador actual no puede vincular al futuro; que la ley posterior deroga a las anteriores.

Se trata, sin duda, de un problema general que afecta a -- las garantías institucionales del Estado de Derecho y del régimen democrático, pero que tal vez no sea particularmente -- grave en relación con los derechos fundamentales. Primero por -- que, como ya sabemos, los tratados sobre esta materia exigen siempre la previa autorización de las Cortes como un requisito de su válida celebración. Segundo, porque una ley interna difícilmente podría tener la pretensión de modificar un tratado sobre derechos humanos, ya que sustancialmente su contenido se ha incorporado a la Constitución, que además en este -- punto deberá interpretarse de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por España, según lo preceptuado en el artículo 10,2º. Ya al comienzo de este epígrafe indicábamos la perplejidad que produce dicho artículo 10,2º, teniendo en -- cuenta que, cualquiera que sea el punto de vista acerca del -- valor jurídico de los convenios, lo que es indudable es que -- forman parte del Derecho español y, por lo tanto, sin necesidad de que lo dijese la Constitución, sus preceptos habrían -- de ser tomados en cuenta a la hora de interpretar el régimen

legal de un determinado derecho fundamental. Y, por otra parte, dejando a un lado el motivo político que justificó este - desafortunado precepto, aludido anteriormente, no se comprende muy bien su utilidad cuando resulta que los convenios internacionales sobre derechos humanos, y no digamos ya la Declaración, suelen ser mucho más ambiguos que la Constitución española, ofreciendo por lo común una protección menos vigorosa (544); lo que, sin duda, resulta lógico si tenemos presente que dichos convenios quieren lograr un consenso mínimo en la comunidad internacional.

En cualquier caso, este artículo 10,2º es un precepto que ha llamado la atención de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y es curioso constatar que en los dos primeros -- años de vida constitucional las Sentencias del alto Tribunal invocan con mayor frecuencia el artículo 10,2º que el mucho más importante 96,1º; bien es cierto que, por regla general, dichas invocaciones son a mayor abundamiento y que no modifican las soluciones que razonablemente derivan del texto constitucional en si mismo (545).

Sin embargo, se ha pretendido por algún autor reconocer - al artículo 10,2º un alcance mucho más importante. Así, Enri-

544) Por ejemplo, para el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 8), la prohibición de los trabajos forzados "no podrá ser interpretada en el sentido de que -- prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente".

545) Vid. mi trabajo sobre los dos primeros años de jurisprudencia del Tribunal Supremo, pendiente de publicación en el núm. 1 de la Revista Española de Derecho Constitucional.

que Linde (546) estima que la remisión que hace el artículo 10,2º de la Constitución "debe comprenderse en el sentido de que ésta hace suya la interpretación de los derechos y libertades, llevada a cabo por el Tribunal de Derechos Humanos", -- con la importante consecuencia "de que se puede invocar la -- inconstitucionalidad de las leyes que vulneren interpretaciones en materia de derechos humanos llevadas a cabo por el Tribunal europeo". La tesis me parece escasamente afortunada por que, en primer lugar, equivale a una apertura indefinida de la Constitución, que asumiría las interpretaciones sucesivas del Tribunal Europeo, con toda la inseguridad que ello supone. Pero, además, creo que este punto de vista carece de fundamento en el texto constitucional, ya que éste no constitucionaliza en modo alguno los convenios, sino que sólo ofrece una -- orientación interpretativa. Dice el art. 10,2º que las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán de -- conformidad con los tratados sobre la materia, lo que supone que únicamente se contemplan aquellas reglas internacionales que aluden precisamente a las normas de la Constitución que es preciso interpretar. Por supuesto, las sentencias del Tribunal Europeo tienen valor en España en la medida en que nuestro país acepta los procedimientos de tutela previstos en la Convención, pero ello no quiere decir que el Juez español deba interpretar los derechos constitucionales de igual modo -- que el juez europeo interpreta las normas de la Convención, y mucho menos que los criterios de este último puedan servir de

546) Vid. "Eficacia de la Convención en el Derecho español", cit., p. 152 y s.

parámetros para medir la constitucionalidad de las leyes españolas (547). Para ello hubiese sido necesaria la constitucionalización de la Convención Europea, lo que no ha sucedido. - Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo aplica exclusivamente la Convención y no la Constitución española, de manera que sus interpretaciones no son trasladables al ámbito nacional ya que el material jurídico sobre el que se trabaja sólo coincide parcialmente. La tesis de Linde ofrece el peligro de considerar a la Convención casi como una norma supraconstitucional porque al primar de tal modo la interpretación del Tribunal Europeo se pueden olvidar preceptos internos claros y contundentes que sustentan criterios diferentes a los que provienen del sistema de Estrasburgo. A mi juicio, el artículo 10,2º indica sólo una pauta o criterio interpretativo preferente (548), pero en modo alguno constitucionaliza la Declaración Universal o los convenios sobre derechos humanos, cuyo valor jurídico es el establecido en el artículo 96.

547) Aunque no he realizado una investigación sobre el particular, sospecho que el procedimiento arbitrado por la Convención y la práctica del Tribunal Europeo no son más generosos en la protección de los derechos fundamentales que lo que puedan serlo los jueces españoles, que disponen de un arsenal de defensa jurídica bastante más vigoroso, como corresponde al más alto desarrollo de la garantía interna de los derechos humanos.

548) Vid. Santaolalla, op. cit., p. 1928.

XI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ARTICULO PRIMERO DEL CODIGO CIVIL.

En las primeras páginas de este trabajo insistimos de modo particular en el carácter histórico de los derechos fundamentales, pues junto a la crítica positivista, la investigación histórica constituye uno de los caminos más rigurosos para la superación de la doctrina del Derecho Natural; y esa -- aproximación histórica, que prolongamos en este mismo capítulo al referirnos a la vinculación de los derechos fundamentales al concepto moderno de ley, muestra que las libertades no son concebibles en cualquier forma de organización política o, lo que es lo mismo, que suponen una determinada forma de distribución del poder y, por tanto, un determinado sistema de fuentes del Derecho. El sistema jurídico medieval se componía de un abigarrado conjunto de derechos subjetivos (549), pero propiamente no cabía hablar de derechos fundamentales en sentido moderno; era un sistema subjetivista, en el que primaba la coordinación de status jurídicos sobre el Derecho objetivo, pero el orden jurídico premoderno carecía de las notas de uniformidad y abstracción que representan el fundamento de la articulación jurídica de los derechos del hombre (550). Estos -- nacen como límites al poder del Estado e incluso, superado el periodo revolucionario, se tratarán de explicar por la escie-

549) Vid. sobre este tema el ya citado libro de García-Pelayo "Del Mito y de la Razón en el pensamiento político", p. 90 y s.

550) Me remito también aquí al extenso trabajo de los profesores Peces-Barba, Fernández y Hierro, sobre la historia de los derechos fundamentales, que he tenido ocasión de consultar por gentileza de los autores.

la decimonónica de Derecho Público a partir de la idea de la autolimitación. Hoy, nuevamente reivindicado el concepto de soberanía popular como fundamento del poder y del Derecho democráticos, los derechos fundamentales mantienen, sin embargo, sus rasgos tradicionales de límites externos a la actividad de los órganos estatales, si bien en el Estado social y democrático de Derecho, con la ampliación de las funciones públicas y con la difuminación de las fronteras entre Sociedad y Estado, los derechos fundamentales han incorporado una dimensión positiva que completa y pretende hacer más real la protección del ámbito de libertad individual.

En cualquier caso, si los derechos fundamentales presentan varias cualidades jurídicas destacables, no cabe duda de que una de las principales es su peculiar régimen de positivación, que se corresponde con su función política más característica; ya que si afirmamos que los derechos fundamentales representan un imperativo frente a todos los órganos estatales, estamos postulando que su reconocimiento por el Derecho positivo se verifique a través de una forma de producción normativa que en principio se halle sustraída a la decisión de cualquiera de los poderes, incluso del legislativo. Por motivos históricos y por razones conceptuales, los derechos del hombre son una cuestión materialmente constitucional, ya que forman parte de aquella norma jurídica que al establecer el modo de creación de normas jurídicas generales prevé también los límites de esas normas; y a su vez, en nuestro sistema jurídico, esa prioridad lógica exige traducirse en prioridad jurídica, esto es, exige que los derechos fundamentales gocen

de la superioridad formal que corresponde al texto constitucional. De ahí que las fuentes enunciadas en el artículo primero del Código civil tengan un carácter muy secundario en lo que se refiere a la creación de derechos fundamentales.

Por otra parte, en lo relativo al desarrollo de los derechos, resulta evidente la preeminencia de la ley, que se corresponde perfectamente con el lugar de esta forma de producción normativa en el Derecho moderno y, particularmente, en el ámbito del Derecho Público; no sólo por las cualidades de abstracción y generalidad postuladas por el pensamiento jurídico liberal, sino también porque la ley es el modo de expresión del poder legislativo, que representa al pueblo español (artículo 66), es decir, que manifiesta la voluntad general y que, por lo tanto, tiene atribuido el conocimiento de las cuestiones más relevantes para la vida de la comunidad. Ello no quiere decir que las demás fuentes del Derecho enunciadas en el Código civil, sobre todo la jurisprudencia y los principios generales, no satisfagan una función notable en el sistema de derechos fundamentales, pero lo hacen sobre todo en el ámbito de la protección. Es verdad que entre creación y aplicación del Derecho existe sólo una diferencia de grado, no desde luego una separación radical; pero, en la medida en que es posible establecer esa graduación entre la norma general y la garantía individual, creemos que las fuentes ahora comentadas adquieren todo su sentido en la segunda de las fases y, en todo caso, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, no parece posible intentar una reflexión original sobre las mismas que ofrezcan elementos realmente peculiares.

Según el artículo 1,1º del Código civil, "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". El Título Preliminar del Código civil contiene, como ya sabemos, preceptos materialmente constitucionales, pero que no lo son desde un punto de vista formal. Por ello, cabe preguntarse si después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 la costumbre y los principios generales siguen siendo fuentes del Derecho español. Sin duda, la respuesta debe ser afirmativa y no creemos que la nueva Constitución haya alterado la función o importancia de estas fuentes; en todo caso, en relación con los principios generales del Derecho, parece que después de 1978 han sido notablemente reforzados y conviene distinguir a partir de ahora entre los principios constitucionales, en particular recogidos en el artículo 9,3º, y los que pudiéramos llamar -- con Díez-Picazo (551) principios tradicionales, es decir, los que resultan del Ordenamiento jurídico.

Al menos en la Europa continental, costumbre y derechos humanos parecen seguir caminos divergentes. El tránsito a la modernidad y el nacimiento del Estado supuso la unificación jurídica y con ello la preeminencia de la ley y la decadencia de la costumbre que había podido desarrollarse gracias al sistema difuso del poder y del Derecho medievales; y supuso también la aparición de la filosofía de los derechos fundamentales. Como ya indicamos en los primeros epígrafes de este capítulo, existe una íntima relación entre el concepto moderno de

551) Díez-Picazo, L. "La Constitución y las fuentes del Derecho" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 664 y s.

ley como expresión de racionalidad y el origen de los derechos fundamentales. Ello no significa que, sobre todo en el mundo anglosajón, el Derecho consuetudinario y en especial el sistema del precedente judicial no hayan tenido importancia en su régimen de protección de los derechos fundamentales, pero sin duda la evolución en el continente fue distinto (552).

Pero, prescindiendo de consideraciones históricas que ya fueron formuladas, es importante indicar que la noción jurídica de derechos fundamentales no parece conciliable con un sistema de fuentes de naturaleza consuetudinaria. Aunque en el mundo contemporáneo es difícilmente concebible, cabe aceptar la hipótesis de que se creen mediante costumbre nuevos derechos fundamentales, pero esta fundamentalidad será sociológica o política y en ningún caso jurídica. Igual sucede con la costumbre constitucional; pueden tal vez surgir costumbres materialmente constitucionales, pero resulta imposible que se doten del valor jurídico-formal propio de la Constitución y esto supone que el Tribunal encargado de defender la ley fundamental no podrá nunca declarar ilegítima una ley -- contraria a una costumbre. En el plano jurídico, el criterio constitucional no es discutible: derechos fundamentales son aquéllos que figuran en el Título I de la Constitución, que se imponen a todos los poderes del Estado, incluso el legislativo, que gozan de un especial sistema de fuentes y de garantías, etc. Los derechos que pueda crear el espíritu del -

552) Vid. sobre el tema, Peces-Barba, "Derechos fundamentales", cit., p. 150 y la bibliografía allí citada.

pueblo podrán ser fundamentales, pero no en sentido jurídico, al menos en el ordenamiento que deriva de la Constitución española. Finalmente, debe tenerse en cuenta que, aunque no de modo exclusivo, el ejercicio de los derechos fundamentales se inserta en relaciones jurídico-públicas, en donde la costum - bre y los precedentes ocupan un lugar muy secundario (553), - por lo que no es fácil imaginar en sentido estricto un desa - rrollo de los derechos fundamentales a través de la costumbre.

Como indica el profesor Peces-Barba, los principios generales del Derecho nos introducen de lleno en la problemática Derecho natural-Derecho positivo (554). A partir de las premi - sas enunciadas en la Introducción, es claro que los princi - plos generales del Derecho sólo son Derecho cuando han sido - incorporados al Ordenamiento jurídico a través de alguna de - las formas de producción normativa. Su valor es principalmen - te hermeneútico, si bien los específicamente constitucionales presentan la notable peculiaridad de que deben ser respetados incluso por la ley. La función de los principios generales -- del Derecho, en particular de los que figuran en el artículo 9,3º, es sin duda muy importante para la actividad regular de los órganos del Estado de Derecho y, en este sentido, resul - tan necesarios para una eficaz protección de los derechos fun - damentales. Pero los principios no son en si mismos derechos fundamentales, ni pueden servir como pretensión principal an-

553) Vid. García de Enterría, T.R. Fernández, "Curso de Dere - cho Administrativo", cit., vol. I, p. 60 y s. Vid. tam - bién, Ortiz Díaz, "El precedente administrativo" en Re - vista de Administración Pública, núm. 24, p. 75 y s.

554) "Derechos fundamentales", cit., p. 154.

te los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, según dice el artículo 1,6º del Código civil, "la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". Pese a que nuestro Título Preliminar no se decide a incluir de modo explícito la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, resulta hoy plenamente admitido que los jueces crean Derecho (555); se ha llegado a escribir incluso que una norma puede ser más o menos válida de acuerdo con el grado de probabilidad con el que puede predecirse que será aplicada (556). Pero no es preciso comulgar con este "escepticismo ante las reglas" (557) para reconocer que el comportamiento de los jueces resulta de capital importancia para determinar el grado de eficacia de los derechos fundamentales. Lo que sucede es que el análisis de estos problemas se encuadra más adecuadamente en un capítulo sobre las garantías de los derechos fundamentales, que en realidad es una continuación lógica del capítulo de las fuentes, ya que como dice Kelsen (558), puede hablarse de una "diferencia simplemente relativa entre la función de creación y la función de aplicación del Derecho", de manera que la decisión judi --

555) Vid. el interesante trabajo de Belaid, "Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge", Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, París, 1974, Vid. también Legaz, "Filosofía del Derecho", cit., p. 574 y s.

556) Ross, A., "Sobre el Derecho y la Justicia" (1958), trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 44.

557) Vid. Hart, "El concepto de Derecho", cit., p. 170.

558) "Teoría General del Derecho y del Estado", cit., p. 156.

cial es un acto por el cual la ley es aplicada; pero, al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto. Incluso la decisión de un Tribunal Constitucional puede crear normas generales - en esa función de legislación negativa que el propio Kelsen le atribuía. Ciertamente, no es razonable la creación de nuevos derechos fundamentales por vía jurisprudencial, pero de hecho así puede suceder si, por ejemplo, el Tribunal Constitucional amplía la noción de un derecho protegido hasta el punto de incluir facultades que en principio no se hallaban comprendidas en el enunciado constitucional. Pero, en realidad, esta actividad se inscribe más bien en el capítulo del desarrollo de los derechos fundamentales (559), no en el de su creación, ya que el Tribunal ha de buscar siempre una cobertura en el catálogo de derechos del Título I; no puede -- crear "ex novo", sino derivar a partir de la Constitución -- (560). En cualquier caso, es tradicional y razonable que todos estos problemas se aborden dentro del tema más general - de las garantías de los derechos fundamentales, que no es objeto del presente estudio.

559) Vid. epígrafe VI de este Capítulo.

560) Vid. Arozamena Sierra, J., "Valor de la Jurisprudencia constitucional" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. I, p. 257 y s.

61

C A P I T U L O T E R C E R O

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.- CLASIFICACION Y CARACTERIZACION CIENTIFICA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES. CONSIDERACION DE LAS CLASIFICACIONES LEGA--
LES, EN PARTICULAR DE LA RECOGIDA EN LA CONSTITUCION ESPA-
NOLA DE 1.978 .-

El Capítulo de la "Clasificación de los derechos fundamen-
tales" parece inevitable en toda elaboración doctrinal. Here-
deros de la teoría del derecho público subjetivo, los autores
modernos permanecen en buena medida fieles a los esquemas ex-
positivos de aquella (1), pues en efecto, es difícil hallar una
obra general sobre libertades públicas, o incluso un trabajo /
parcial acerca de alguno de sus aspectos, en la que no se pro-
ponga un ensayo de clasificación con pretensiones científicas
o pedagógicas, pero que normalmente ofrecen unos resultados di-
ferentes a los obtenidos con anterioridad por la doctrina, re-
sultando así un panorama científico, heterogéneo y confuso. El
propósito de sistematizar la materia, de acuerdo con un amplí-
simo y en ocasiones caprichoso catálogo de criterios, ha produ-
cido clasificaciones de muy variada significación y utilidad, /
pero siempre de carácter parcial, pues en definitiva la utili-
zación de un determinado criterio supone otorgar especial rele-

(1) Ya en 1900 S. Romano ponía de relieve el amplio panorama de
clasificaciones doctrinales, así como las sustanciales di-
vergencias que ofrecían. "La teoría dei diritti pubblici /
subiettivi en "Primo trattato completo di Diritto Ammninis-
trativo italiano", V.E. Orlando, S.E. Libreria, Milano, /
1900, p. 133.

vancia a una cierta característica de los derechos, que se discriminan en función de la misma, haciendo abstracción de otras consideraciones, cuyo sacrificio viene necesariamente exigido / por la finalidad clasificadora, sobre todo cuando ésta pretende ajustarse a una rigurosa pureza metodológica. Por ello, parece lícito preguntarse si mediante una clasificación es posible alcanzar los objetivos de sistematización y clarificación que se persiguen (2). A nuestro juicio, sigue siendo útil procurar una clasificación de los derechos fundamentales, al menos siempre / que adoptemos una postura relativista a la hora de presentar / los resultados; en primer lugar, en el plano pedagógico, es indudable que la clasificación contribuye a la mejor comprensión de un objeto de estudio tan complejo y de contornos no muy bien definidos como son los derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, desde un punto de vista científico, pone de relieve las / múltiples dimensiones de la libertad, así como la heterogeneidad de elementos y materiales jurídicos que tratan de reunirse en la noción derechos fundamentales, diversos por su origen / histórico e ideológico, por el modo de ejercicio y por el contenido de la obligación correspondiente, por las finalidades que tratan de satisfacer, por el diverso grado de reconocimiento y protección en el Derecho Positivo, etc..

(2) La pregunta ha sido ya formulada por muchos autores, como Rivero, " Les libertés publiques ", vol. I, " Les droits / de L'homme ", PUF, París, 1978, p.29 y s.; Castán, "Los derechos del hombre ", Reus, 2ª edición, Madrid, 1976, p.25 y s. Castro, B. de, "Dimensión científica de los derechos del / hombre " en " Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto jurídico y sistema ", Edición a cargo de Pérez-Luño, Universidad de Sevilla, 1979, p.102.

Este esfuerzo doctrinal por someter a un cierto orden los derechos fundamentales, aunque no logre obtener un resultado/ plenamente satisfactorio, parece en sí mismo significativo, / pues a nuestro juicio destaca una vez más las dificultades / que presenta su concepto. Si éste se consigue mediante la formulación de los elementos comunes, parece cierto que los múlti-ples criterios de clasificación susceptibles de ensayarse se / hallan en relación inversa con las posibilidades de descubrir un concepto integrado por un numeroso grupo de elementos. Cla-sificar supone distinguir, es decir, escoger determinadas ca--racterísticas que por definición no comparten todos los dere--chos, objeto del análisis, por lo que en la medida en que reco-nozcamos la existencia de una multiplicidad de criterios esta--remos reconociendo también que los mismos no son idóneos para integrar el concepto; al mismo tiempo que se pone de relieve la propia riqueza de los derechos fundamentales.

El prestigio obtenido por la idea de los derechos del hombre en los dos últimos siglos, así como la especial fuerza jurídica de que gozan en los ordenamientos modernos, ha propiciado la fuerza expansiva del concepto, que tiende a dar vida a un / material jurídico muy diverso y que otorga facultades o poderes de naturaleza heterogenea. Por ello, y aunque tiene razón Gon-zalez Casanova (3) cuando afirma que también las clasificaciones

(3) Gonzalez Casanova "La declaración de los derechos humanos y la Encíclica " Pacem in terris " en AFD,X,1963,p.227.

propuestas están condicionadas por ideologías subyacentes, es sin duda necesario plantearse el problema de la sistematización de los derechos fundamentales si se quiere lograr una / cierta coherencia doctrinal. El carácter parcial e insatisfactorio de los diversos principios de ordenación no implica la / esterilidad científica de la tarea, necesaria para obtener un acuerdo acerca del concepto de los derechos fundamentales a - partir del análisis de las características peculiares distintivas y, en definitiva, del reconocimiento de su variedad.

Esta tarea viene exigida, además, por la propia Constitución, en cuyo Título I se formula un ensayo de clasificación discutible, como casi todos, pero que en este caso resulta especialmente confuso debido a las desafortunadas rúbricas que encabezan los diversos Capítulos y Secciones. Debe advertirse, no obstante, que las clasificaciones positivas presentan por regla / general mayor complejidad que las doctrinales y además, en contraste con estas últimas que casi siempre figuran en las elaboraciones científicas, son mucho más escasas; en realidad, puede decirse que la clasificación de los derechos fundamentales carece de tradición en el ámbito del Derecho Positivo. Las Declaraciones del siglo XVIII, como la del Buen Pueblo de Virginia o las Francesas de 1.789 y 1.793, omitieron cualquier intento de sistematización, si bien en la ordenación de su articulado tal vez pueda descubrirse la existencia de un criterio jerárquico o deductivo : de la formulación de los grandes prin

cipios de libertad e igualdad a la especificación de los mismos a través de los diversos derechos y garantías. Este desistió/ por la sistemática se mantuvo en los textos constitucionales / del siglo XIX e incluso del XX; así sucede en todas las Consti- tuciones Españolas del siglo XIX (4) y en la francesa de 1.848; y lo mismo cabe decir de muchos textos, incluso internacionales del siglo XX : Declaración de los Derechos del Pueblo Trabaja- dor y Explotado de 1.918, Constitución de la URSS de 1.936 y de 1.977, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1.946, Constitución de la República Popular China de 1.954, / Yugoslava de 1963, Declaración Universal de 1.948, Pactos Inter- naciones de derechos civiles y políticos, y de derechos econó- micos, sociales y culturales de 1.966 (5), Convención Europea / de 1.950, etc... Por otra parte, los textos positivos que se de

(4) Con la única excepción de la Republicana Federal de 1.873 que se iniciaba con una Declaración de Derechos, luego / completada y desarrollada en el Título II.

(5) No obstante, la existencia de estos dos pactos supone ya un principio de distinción material. Su división en seis o cinco capítulo, respectivamente, no supone sin embargo un criterio de clasificación de los derechos fundamenta- les, sino una simple separación de las diversas cuestiones materiales, procesales, interpretativas, etc....

ciden a incorporar una cierta forma de ordenación suelen coincidir en sus principios clasificatorios con los habitualmente utilizados por la doctrina, aunque su interpretación sea menos rigurosa y, como quedó señalado, también menos compleja, lo / que resulta comprensible, pues el objeto de la actividad legislativa no es la Ciencia del Derecho, sino el Derecho mismo.

Por regla general, los textos positivos suelen adoptar clasificaciones inspiradas en criterios materiales, atendiendo, / principalmente al objeto o naturaleza del derecho protegido, si bien el hecho de que en algunos casos se quiera establecer un régimen jurídico peculiar para los diversos grupo de derechos o vincular a los mismos ciertas consecuencias, puede exigir una interpretación flexible de esos criterios, dando entrada a ciertas libertades con el propósito de extender a las mismas un determinado sistema de protección; piénsese, por ejemplo, en la libertad de enseñanza o en el derecho a la educación, que / nuestro texto constitucional incluye en la Sección 1ª del Capítulo II y no junto a los demás derechos económicos, sociales y culturales enunciadas en la Sección 2ª y en el Capítulo III. / En otros casos, como en la Constitución mexicana de 1.917, el criterio material se combina con un principio de clasificación subjetivo, que permite distinguir entre personas en general, / nacionales y ciudadanos (6) o bien se atiende de forma princi-

(6) Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana se dividen en cuatro capítulos : "De las garantías individuales ", " De los mejicanos ", "De los ciudadanos mejicanos" y "Del trabajo y de la previsión social ".

pal al ámbito de actividad humana en la que se realiza cada derecho o libertad (7). La Constitución Republicana de 1.931, primera de las españolas cuya declaración de derechos aparece dividida en dos Capítulos, adopta una clasificación más sencilla: " Garantías individuales y políticas ", por una parte, y " Familia, economía y cultura ", de otra. La italiana de 1.947, en / cambio, parece atender de forma primordial al tipo de relación en el que se inserta el ejercicio de los diferentes derechos, distinguiendo así entre " Relaciones civiles ", " Relaciones / ético - sociales ", " Relaciones económicas " y, " Relaciones Políticas ".

La sistemática constitucional en materia de libertades públicas no se ajusta con precisión a ninguno de los criterios habitualmente utilizados por la doctrina, ni en la denominación de las Secciones y Capítulos, ni tampoco en los criterios que han inspirado la inclusión de los diferentes derechos en cada uno / de los apartados correspondientes; ello es hasta cierto punto lógico, pues no es propio del legislador preocuparse de la " cientificidad " de la ordenación de las normas y mucho menos buscar una clasificación plenamente satisfactoria, suponiendo que ésta pueda lograrse, sino que su sistemática debe responder principalmente a criterios operativos que faciliten la labor del futuro

(7) Así, en la Constitución Alemana de 1.919 se agrupan los derechos en cinco epígrafes : " La persona individual ", " La vida social ", " Religión y Confesiones religiosas ", " Educación y enseñanza ", " La vida económica ".

legislador y de los organos encargados de aplicar el Derecho y que sirva al mismo tiempo para esclarecer al ciudadano el sentido y la fuerza de los preceptos. En líneas generales puede decirse que el texto constitucional, lejos de adoptar los principios de clasificación ofrecidos por la doctrina, ha querido ajustar su sistemática a una serie de principios que, por su heterogeneidad, tal vez pudieran parecer rechazables desde una perspectiva científica de pureza metodológica, pero que consiguen satisfacer las finalidades prácticas que hemos señalado.

La clasificación de los derechos fundamentales prácticamente no sufrió modificaciones de importancia a lo largo del proceso constituyente, pues ya en el primer Anteproyecto de 5 de Enero de 1.978 venía formada por cinco Capítulos; consagrados el IV y V a la regulación de las garantías y de la suspensión, los tres primeros tenían por objeto, al igual que en el texto definitivo, la enumeración de los derechos. La sistemática propuesta por la Ponencia redactora sufriría, sin embargo, una modificación de cierta transcendencia, aunque aparentemente la enmienda 779 de Unión de Centro Democrático, origen del cambio, tuviese por objeto una simple reordenación formal de la materia. En síntesis, dicha enmienda, aceptada por la Ponencia con el voto en contra del representante de Alianza Popular (8), suponía la

(8) Boletín Oficial de las Cortes, nº 8, 17 de Abril de 1.978, p.1529.

división del Capítulo II en dos Secciones, con la importante / consecuencia de ajustar el artículo 53, 2 a esta nueva división, limitando el ámbito del recurso de amparo judicial y consitucional a la tutela de los derechos enumerados en la primera de las Secciones, pero no en la segunda. En realidad, la nueva ordenación no puede decirse que tuviese consecuencias más restrictivas, ya que los derechos que pasaban a formar parte de la creada Sección 2^a del Capítulo II en el Anteproyecto de 5 de enero de 1.978 no estaban integrados en dicho Capítulo, sino en el / III y, por lo tanto, en ningún momento pudieron aspirar a una / especial protección prevista en el artículo 53,2. Igualmente, se modificó la ubicación de algunos preceptos constitucionales; así, el artículo 13 que en el primer Anteproyecto encabezaba el Capítulo II, se adoptó como pórtico del Título I, fuera del Capítulo I (9).

En cuanto a la denominación de las Secciones y Capítulos, la incertidumbre se mantuvo hasta el final, es decir, hasta los / debates de la Comisión Mixta Congres-Senado que, además de resolver algunas discrepancias surgidas entre ambas Cámaras, sin inclinarse en favor de ninguna, se permitió modificar la denominación del Capítulo III, que no había sido objeto de discusión en el Senado. La unanimidad fué total solamente en las rúbricas del Título y del Capítulo I : " De los derechos y deberes funda

(9) Artículo 10,1 del Texto definitivo.

mentales " y " De los españoles y los Extranjeros " (10), respectivamente, que se mantuvieron inalterados a lo largo de todo el proceso constituyente. Por el contrario, el iter legislativo / de la rúbrica del Capítulo II es bastante más complejo. En el Anteproyecto elaborado por la Ponencia se utilizaba la expresión " De las libertades públicas ", pero cuando se aceptó la división en dos Secciones, esa denominación se convirtió en la de la Sección 1ª, mientras que el Capítulo pasaba a llamarse / " De los derechos y libertades " y la Sección 2ª " De los derechos y deberes de los ciudadanos " . En este aspecto, la única novedad introducida por la Comisión Constitucional del Congreso afectó a la rúbrica del Capítulo, que se convirtió en "Libertades y derechos ", fórmula respetada por el Senado, pero invirtiendo sus términos, " Derechos y Libertades ". También el Senado dió una rúbrica a la Sección 1ª : "De los derechos humanos y de las libertades públicas " que finalmente la Comisión Mixta transformó en "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas ". Por último, el único cambio de importancia que cabe anotar en relación con la rúbrica del Capítulo III es el derivado de la aparición de una Sección 2ª en / el Capítulo II que, como indicábamos, se nutrió de derechos anteriormente reconocidos en el Capítulo III; éste comenzó deno-

(10) Señalemos, no obstante, la introducción del artículo "los" antes del sustantivo "extranjeros " obra de la Comisión / Constitucional del Senado, Boletín Oficial de las Cortes / 157, 6 de octubre de 1.978, p. 3417.

minándose " Principios rectores y derechos económicos y sociales " , para posteriormente llamarse, como consecuencia de la nueva ordenación, " De los principios de la política económica y social ". La Comisión Mixta Congreso- Senado daría al Capítulo su rúbrica definitiva, invirtiendo el orden de los calificativos (" De los principios de la política social y económica ").

Así pues, puede decirse que la sistemática del Título I en sus líneas fundamentales había quedado configurada desde los / primeros trabajos de la Ponencia, sin que en el largo proceso constituyente sufriese cambios sustanciales. La clasificación adoptada , que no parece servir a otra finalidad que no sea la de facilitar la exegesis y aplicación de los preceptos constitucionales, resulta tan discutible como cualquier otra. Como / señala Madiot (11) , toda clasificación de los derechos fundamentales es necesariamente arbitraria, pero a nuestro juicio, dentro de esa arbitrariedad, el criterio de discriminación utilizado por el legislador es tal vez el que mejor se ajusta a / la naturaleza de los textos legislativos, eludiendo la aplicación de principios clasificatorios pretendidamente científicos, pero con frecuencia irrelevantes desde el punto de vista práctico.

(11) Madiot, Y., "Droits de l'homme et libertés publiques ", Masson, París, 1976, p.20.

co y que, por otra parte, teniendo en cuenta su variedad y la heterogeneidad de sus resultados, hubiesen sido en todo caso / discutibles.

Ciertamente, desde el prisma de la doctrina científica, la sistemática utilizada por la Constitución en materia de derechos fundamentales puede parecer desconcertante. No se ha respetado el criterio material o de contenido, que es el más habitual en las exposiciones doctrinales, pues no solo se ignora / cualquiera de los múltiples elementos de distinción utilizados por los autores, sino que además parece imposible encontrar alguna característica propia del contenido, de la finalidad social o de la relación en la que se insertan los derechos en torno a la cual se haya verificado la clasificación. Más adelante tendremos ocasión de referirnos a los variados intentos de clasificación doctrinal que atienden al contenido o finalidad del derecho, pero quede ahora constancia de que la sistemática constitucional no se ajusta a ninguno de ellos. Tal vez, en líneas muy generales, pudiera afirmarse que la Sección 1ª del Capítulo II recoge los derechos de libertad, mientras que la Sección 2ª y el Capítulo III incorporan los derechos de igualdad o de libertad igualitaria, pero en cualquier caso esta idea no sería más que una aproximación sometida a numerosas reservas. Tampoco se han valorado los elementos subjetivos, distinguiendo entre los derechos del hombre en general y los derechos de los / españoles o de los ciudadanos o, en otro sentido, distinguiendo

entre las libertades individuales y de grupos sociales; pues / si, por ejemplo, en la Sección 1^a del Capítulo II se consagra el derecho a la vida, que no es evidentemente una garantía en favor exclusivo de los españoles, se recoge también el derecho a participar en los asuntos públicos, que constituye la nota / característica no ya de la nacionalidad sino de la ciudadanía. En tercer lugar, la Constitución rechaza asimismo el criterio histórico o ideológico, de acuerdo con el cual cabría distinguir entre los derechos de origen liberal, es decir, los consagrados en las primeras Declaraciones del siglo XVIII, de / aquellos otros derechos que en general responden o satisfacen/ los postulados ideológicos del socialismo. Finalmente, y para no agotar el amplio catálogo de clasificaciones doctrinales, conviene señalar que el Título I no se ajusta tampoco al esquema clasificatorio utilizado por algunos autores y que, desde / nuestro punto de vista, es el más significativo y útil para ordenar los derechos y libertades, es decir, el criterio que / atiende al modo de ejercicio o contenido de la obligación; en este sentido, parece claro que la Constitución no distingue entre libertad-autonomía, libertad-participación y libertad-integración, pues en cualquiera de las Secciones o Capítulos sería posible hallar derechos incluidos en las tres categorías mencionadas, aunque ciertamente predominen unos u otros.

Por el contrario, la clasificación de los derechos fundamentales en la Constitución Española se relaciona con dos de los/

elementos más importantes de su régimen jurídico : el sistema de fuentes y las garantías. En efecto, atendiendo al sistema de fuentes, la Constitución distingue entre aquellos derechos cuyo ejercicio solo podrá regularse mediante ley, y que son / los recogidos en el Capítulo II, de aquellos otros que, enunciados en los Capítulos I y III, pueden a sensu contrario ser objeto de una reglamentación de otra naturaleza. A su vez, la división del Capítulo II en dos Secciones no responde a otro / propósito que el de servir de base a la distinción establecida en el artículo 53, 2, relativo al sistema de garantías : solo/ los derechos enunciados en la primera Sección pueden obtener la tutela de los Tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, o del Tri bunal Constitucional a través del recurso de amparo. Las únicas excepciones a esta regla general son los artículos 14 y 30, que se benefician de estos procedimientos de garantía privilegiada, a pesar de no hallarse incluidos en la mencionada Sección. Exclu sión que, por otra parte no es difícil de explicar; en el artí^u culo 14 se recoge el principio de igualdad que, como hemos teⁿido ocasión de ver presenta ciertas peculiaridades que justifi^cican la sistemática constitucional; la igualdad es una garan^tía, un requisito que debe reunir la actuación de los poderes/ públicos, aunque tal condición pueda, por mandato constitucioⁿal, ser exigida por los ciudadanos como un verdadero derecho fundamental. A su vez, y por razones puramente materiales, el derecho a la objeción de conciencia ha querido vincularse al / tema del servicio militar, dentro de la Sección 2^a .

Bien es cierto que a estos principios de clasificación - sistema de fuentes y garantías - que hemos creído descubrir en la sistemática constitucional cabría oponer la evidencia del Capítulo I, cuya referencia es una notoria omisión del artículo/ 53. En principio pudiera parecer que en lo relativo a la reserva legal, la nacionalidad y extranjería queda en las mismas / condiciones que las establecidas para los derechos del Capítulo III; e igualmente, por lo que se refiere a las garantías, / que gozan de la protección privilegiada prevista en el número 2 del artículo 53. Ahora bien, así como existe una especial referencia al Capítulo III (12), el artículo 53 guarda un completo silencio acerca de los preceptos contenidos en los artículos / 11 y 13. Ello no quiere decir, naturalmente, que no vinculen a los poderes públicos (53,1) ni que su contenido no deba informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53,3), pero sí pone / de relieve una cierta quiebra en la sistemática constitucional, que aparentemente se ajusta al esquema del artículo 53. En definitiva, el legislador no es plenamente fiel al que parece haber sido el principio de clasificación elegido. Bien es verdad

(12) Según el artículo 53,3 " El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán / ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen ".

que tanto el artículo 11 como el 13 contienen un principio de reserva legal que en la práctica equipara el sistema de fuentes de estos derechos al régimen general del Capítulo II (13), pero, en cualquier caso, hubiese sido conveniente recoger en el artículo 53 una mención específica al Capítulo I para ofrecer así una clasificación completa en torno a los dos criterios de distinción elegidos, no dejando lugar a dudas acerca de las fuentes y garantías de cada grupo de derechos.

Por otra parte, la inclusión del tema de la nacionalidad dentro del Título de los derechos fundamentales creemos que responde principalmente a un propósito de ajustarse a la tradición constitucional española, así como a los textos internacionales sobre la materia. No debe olvidarse en este sentido que la nacionalidad ha figurado en todas nuestras Constituciones y además su emplazamiento ha sido casi siempre el mismo que el de los derechos fundamentales (14). Debe advertirse, sin embargo,

(13) Según el artículo 11.1, " La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley ". Igualmente, en el artículo 13,1 se halla una remisión a los tratados y a la ley, lo que a nuestro juicio supone la consagración de una reserva legal en esta materia, aunque, al contrario de lo que sucede en el artículo 13,1, la fórmula constitucional aparezca redactada en sentido positivo.

(14) Así en la Constitución de 1873 (Título I), de 1845 (Título I), de 1856 (Título I), de 1869 (Título II) y de 1876 (Título I). En la Constitución de 1812 la nacionalidad figura en el Capítulo II del Título I, junto con una serie de deberes inherentes a la misma. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicho texto distinguía entre nacionalidad y ciudadanía (arts. 5 y 18 y siguientes) y que además no contenía propiamente un Título consagrado a los derechos fundamentales. Por último, la nacionalidad figuraba también en la Constitución republicana de 1931 (Título II) aunque de forma independiente, ya que los Derechos y deberes de los españoles " se recogían en el Título III.

que siguiendo el modelo franquista, en la Constitución de 1978 la referencia a la nacionalidad es casi puramente formal, estableciendo un principio de reserva de ley (número 1^a) y escasas directrices materiales (números 2^a y 3^a), mientras que en los anteriores textos constitucionales era normal, en cambio, / especificar las formas de adquisición y pérdida (15). En segundo lugar, la inclusión de la nacionalidad en el catálogo de derechos fundamentales venía requerida también por la fidelidad a los documentos internacionales y en concreto a la Declaración Universal de Derechos del Hombre, cuyo artículo 15 establece que " Todos tienen derecho a una nacionalidad " y que / " A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad " .

En definitiva, aunque parezca quebrarse la sistemática constitucional, creemos que el tema de la nacionalidad y de la extranjería ocupa el emplazamiento que lógicamente le corresponde. Si / se pretendía su inclusión como derechos fundamentales y al mismo tiempo no se consideraba oportuno ampliar la especial tutela prevista para las libertades de la Sección 1^a (Capítulo II), / es evidente que los artículos 11 y 13 debían encabezar el Títu

(15) Vid. sobre este tema, Abarca, p., " Nacionalidad y extranjería en la Nueva Constitución " UNED, II, pp.349 y ss, en especial 352-353.

lo formando un Capítulo independiente, pues hubiese resultado absurdo llevar estas cuestiones, preliminares desde un punto / de vista material, a la Sección 2^a, cuyo régimen comparten, / pues, en efecto, al igual que los derechos enunciados en dicha Sección , y pese al silencio del artículo 53, es evidente que los artículos 11 y 13 vinculan a los poderes públicos, su desa rrollo se reserva a la ley (o, en su caso, a los tratados) y no cabe obtener su tutela mediante los procedimientos señalados en el artículo 53,2.

Finalmente, es preciso indagar acerca de los principios de sistemática que inspiran los artículos 10 y 12. El primero // sirve de pórtico al Título I y creemos que no ofrece excesiva dificultad, ya que no reconoce ningún derecho, sino que procla ma la función legitimadora de los derechos fundamentales o, co mo diría Passerín D'Entreves su formulación radical (16), y en su número 2^a da entrada a un criterio interpretativo muy discu tible, pero que tampoco constituye propiamente un derecho fun- damental. El precepto representa, por lo tanto, un mandato pa- ra los poderes públicos, pero en realidad no es susceptible de un desarrollo legal independiente, es decir, que no afecte de / forma más específica a alguna de las libertades tuteladas a /

(16)" Derecho Natural ", trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, p. 73 y siguientes.

continuación. Su inclusión al comienzo del Título I no carece, sin embargo, de cierta importancia, ya que parece poner de relieve que el legislador se ha guiado, al menos parcialmente, por un criterio jerárquico de clasificación, implícitamente reconocido en algunos textos positivos y doctrinales.

Por último, el artículo 12, incluido en el Capítulo I, establece que " los españoles son mayores de edad a los 18 años ". Al margen de que pueda ser discutible la constitucionalización de la mayoría de edad, y es evidente que la misma responde a un criterio político indiscutible en el plano dogmático, el emplazamiento del precepto junto al artículo 11, que se ocupa de la nacionalidad, es sin duda el más adecuado , pues evoca la vieja distinción entre nacionalidad y ciudadanía y se relaciona / con los derechos vinculados a esta última. En realidad, el derecho a la mayoría de edad se agota en el exacto cumplimiento de la norma constitucional. No estamos propiamente ante un / derecho, en cuanto que ninguna libertad ni acción se reconoce al individuo; la mayoría de edad se impone incluso contra su / voluntad, pues se trata del fundamento de hecho de la atribución de derechos y obligaciones. Es la condición de numerosos derechos, pero no su contenido. Por ello, el artículo 12 es // irrelevante desde el punto de vista del sistema de fuentes, ya que no cabe un " desarrollo " del mismo, aunque como es lógico, tenga una indudable transcendencia en todo el ordenamiento jurídico; y es irrelevante también desde el punto de vista de/

las garantías, pues la mayoría de edad se obtiene indiscutiblemente con el paso del tiempo y desde ese momento se impone como una condición subjetiva; cabe discutir en sede jurisdiccional / los derechos y deberes que son consecuencia de la mayoría de / edad, pero no que ésta se adquiere a los 18 años y que jamás / se pierde. Ciertamente, cabe la hipótesis de que se discuta la edad y sea necesaria una resolución que la determine, pero en este caso el objeto de la controversia no es el ejercicio de / un derecho subjetivo, sino la constatación de una situación de hecho a la que el ordenamiento vincula determinadas consecuencias, entre ellas la atribución de derechos (17).

Así pues, creemos que son tres los criterios utilizados por la Constitución. En primer lugar, y sin duda alguna el más impor tante, el criterio del sistema de fuentes y garantías; al mismo responden la ordenación del artículo 14 y de los Capítulos II y III (artículos 15 a 52). En segundo lugar, parece haberse ele gido también un criterio de primacía material (artículos 11, / 12 y 13) : se define la nacionalidad, la mayoría de edad y la

(17) No obstante, y teniendo en cuenta que el artículo 12 no // aparece mencionado en la enumeración exhaustiva del artícu lo 53,2, parece claro que su régimen de garantías sería en todo caso el ordinario.

extranjería como fundamento que delimita el ámbito subjetivo del ejercicio de los demás derechos. Y, por último, en cierto modo parece adoptarse el criterio de importancia jerárquica : la dignidad de la persona humana del artículo 10 se configuraría así como un " derecho radical entre los fundamentales, del que de alguna manera dependen o traen causa los demás " (18).

En líneas generales, la clasificación adoptada por la Constitución no nos parece criticable ni más insatisfactoria que / otras que pudieran formularse en torno a diversos principios / de distinción. Se ha escogido como criterio principal el que / resulta más útil para orientar al Juez y al ciudadano en el complejo sistema constitucional de fuentes y garantías. Seguir la orientación de cualquiera de las divisiones doctrinales hubiese significado admitir un peligroso casuismo en la enumeración del artículo 53 y además tampoco se hubiese logrado una clasificación plausible desde todos los sectores doctrinales, pues / ciertamente entre los autores no existe unanimidad, ni siquiera acuerdo mayoritario, acerca de cual sea el criterio de mayor pureza metodológica o el más idóneo.

(18) Vid. Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", 3ª edición Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 91.

Por otra parte, la inclusión de un determinado derecho dentro de la Sección 1ª o 2ª , del Capítulo I o del III, puede / merecer comentarios políticos o ideológicos, pero en definitiva el legislador constituyente es perfectamente libre, por / ejemplo, de tutelar el derecho a la educación mediante el recurso de amparo; si ello plantea problemas técnicos es una / cuestión distinta.

Lo que, en cambio, sí debemos censurar es la ambigua denominación de las Secciones y Capítulos. Así, el Título I promete regular " los derechos y deberes fundamentales " y, sin embargo, su Capítulo III habla de " los principios rectores de la política social y económica ". ¿ Se trata o no de derechos fundamentales ? . La cuestión no es baladí porque, por ejemplo, el artículo 86 excluye del ámbito de regulación del decreto-ley / " a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I ". A nuestro juicio, la respuesta ha de / ser afirmativa : la aplicación de los principios del Capítulo III generarán progresivamente una serie de derechos que podrán ser alegados ante la Jurisficción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53,3), y que serán derechos fundamentales aunque no gocen de una tutela privilegiada.

Los principios del Capítulo III son derechos en formación y, precisamente para que no se frustre la expectativa, es necesario extender en su favor la protección adecuada que, comprende, en primer lugar, el desarrollo de los mismos a través de la Ley, / expresión de la voluntad general; solución que, por otro lado, es perfectamente defendible a la vista del artículo 86. Ello / no quiere decir que un decreto-ley no pueda regular temas de / cultura, ni mucho menos que la Administración a través de normas de rango inferior no esté obligada a respetar el sentido de los preceptos contenidos en el Capítulo III; es más, éstos requieren en muchas ocasiones una determinada conducta del poder ejecutivo y de la Administración. Lo que sucede es que el derecho que garantiza el acceso a la cultura deberá ser desarrollado por ley, pues se trata de un derecho fundamental, y así lo exige el artículo 53,3.

Tampoco parece acertada la denominación que se ha elegido para el Capítulo II (" Derechos y Libertades "). En primer / lugar, es más genérica que la que encabeza el Título, que solo se refiere a una categoría de derechos, los " fundamentales ". En segundo lugar, omite toda referencia a los deberes, siendo así que en la Sección 2^a se recogen los deberes de los ciudadanos. Además, resulta desconcertante comparar la rúbrica de / este Capítulo con la de las Secciones que lo componen. La primera habla de " libertades públicas ", mientras que el encabezamiento se refiere solo a las " libertades "; ¿ Quiere ello de-

cir que las libertades públicas constituyen una categoría especial distinta a las " libertades " ?. A su vez, la Sección 1ª dice reconocer los derechos fundamentales y la 2ª los derechos de los ciudadanos; ¿ No son estos últimos también fundamentales ? ¿ El derecho de participación política, que es fundamental por hallarse en la Sección 1ª, no es entonces el más genuino derecho de ciudadanía ?. Y si los derechos de la Sección 2ª no son fundamentales, sino " de los ciudadanos ", ¿ Cómo / pueden incluirse en el Título I que se denomina " De los derechos y deberes fundamentales " ?. Lo mismo cabe decir de los / deberes, que si son fundamentales en el encabezamiento del Título I dejan de serlo en la denominación de la Sección 2ª.

Por otro lado, la expresión " De los derechos fundamentales y de las libertades públicas " que sirve de pórtico a la / Sección 1ª induce a error, ya que puede pensarse que aquí el legislador atiende al modo de ejercicio como criterio de clasificación, separando, como por ejemplo hace Braud (19), entre / las libertades públicas, que generan una obligación de contenido negativo, y los derechos fundamentales, como origen de una prestación positiva o de un derecho político o "cívico" de //

(19) Braud, Ph., " La notion de liberté publique en Droit Français ", L.G.D.J., París, 1968, p.85 y s.

participación. Nada más lejos de la realidad : nuestra Constitución no contiene una distinción de este tipo y no es posible dilucidar, ni mediante el criterio apuntado ni mediante ningún otro, cuando nos hallamos ante un derecho fundamental y cuando ante una libertad pública.

II.- ENSAYOS DE CLASIFICACION .-

Esta ambigüedad terminológica unida al escaso valor científico del criterio de clasificación utilizado por la Constitución (20) exige de la doctrina un esfuerzo especial por lograr clasificaciones precisas que permitan reducir la indudable variedad de los derechos fundamentales a un cierto orden, facilitando su comprensión como objeto de investigación científica. Para ello, se puede adoptar un único principio de distinción, como por lo demás hacen la mayor parte de los autores, o bien ensayar varias clasificaciones desde distintos puntos de vista, como pretendemos hacer en este trabajo principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque la disparidad de criterios // doctrinales es en sí misma significativa y merece que nos detengamos brevemente en su estudio, comprobando al mismo tiempo su utilidad sobre el material jurídico que nos ofrece la Constitución. En segundo lugar, y más importante, porque sin ocul-

(20) Distinguir entre los derechos que merecen la tutela del recurso de amparo de aquellos otros cuya protección se realiza a través de los procedimientos ordinarios es sin duda útil desde un punto de vista práctico, pero escasamente / significativo, pues la inclusión de un cierto derecho en / uno u otro grupo no depende en principio de su naturaleza, ni del modo de su ejercicio, ni del tipo de relación en la que se inserta, sino de la voluntad del legislador constituyente.

tar nuestra preferencia por aquellas clasificaciones que atienden al modo de ejercicio del derecho o al contenido de la obligación que el mismo genera, estimamos que todas ellas son parciales e insuficientes, y no siempre muy significativas; es / decir, estimamos que ningún criterio puede ofrecernos un paño-rama claro y satisfactorio de todas las dimensiones que presentan los derechos fundamentales, pues todos los criterios implican un sacrificio de ciertas peculiaridades, de las que se ha-ce abstracción, y una exaltación de otras características, que se toman como principios de la división. Por ello creemos que es conveniente atender a varios criterios de clasificación, ya que cada uno de ellos pondrá de relieve aquella peculiaridad o elemento que se halla oculto cuando se utiliza otro principio de distinción. Esta forma de proceder dará como resultado clasificaciones no coincidentes, pero ello no debe ser causa de confusión o ambigüedad, siempre que se enuncien con precisión los criterios adoptados y se procure evitar la utilización / combinada de más de uno.

Como es lógico, teniendo en cuenta que para clasificar basta en principio con tomar en consideración un elemento cualquiera de los que componen o afectan al derecho, el número de distinciones puede ser prácticamente ilimitada. Se pueden clasificar los derechos fundamentales de acuerdo con su régimen jurí-

dico : derechos que pueden suspenderse en situaciones excepcionales frente a aquellos otros cuya vigencia no puede sacrificarse en ningún caso; derechos cuyo ejercicio se halla sometido a un control previo por parte del poder público, singularmente de la Administración, y derechos fiscalizables solo mediante un sistema represivo; derechos susceptibles de tutela mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y derechos exigibles a través de los procedimientos ordinarios, etc... Todas estas clasificaciones son sin duda relevantes, aunque la doctrina no suele hacerse eco de las mismas, pues ciertamente parece más correcto abordar su estudio en cada uno de los capítulos y epígrafes correspondientes : suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales, fuentes, garantías, etc... No obstante, cualquiera que sea el criterio " científico " de clasificación conviene no olvidarse de estas distinciones, que constituyen en realidad la única clasificación relevante en el plano del Derecho positivo. Es más, debemos estimar que todo ensayo que pretenda ser científico, si bien no puede limitarse al estudio exclusivo de elementos propios de su régimen jurídico, tampoco puede obviarlo : todo principio clasificatorio, para ofrecernos una imagen global de los derechos fundamentales, debe ponerse en relación con la regulación positiva prevista por el legislador para ese grupo de derechos o, por el contrario, poner de relieve las excepciones a ese régimen positivo o, en su caso, la ausencia de una regulación homogénea. Ello permitirá conocer hasta qué punto el criterio utilizado ha sido tomado en consideración por el legislador. ¿ Qué sentido tiene /

hablar de libertades espirituales y materiales (21), de libertades " fundamentales " y " derivadas " (22) o adoptar un criterio histórico-ideológico y distinguir entre derechos " liberales " y derechos " socialistas " (23) o, en fin, decidirse por el modo de ejercicio y clasificar los derechos en libertades -autonomía y derechos de crédito, si no vinculamos estas construcciones teóricas con la realidad del Derecho positivo ⁽²⁴⁾?. Para obtener el concepto de los derechos fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico debemos constatar hasta qué punto las categorías científicas presentan consecuencias jurídicas o, dicho

(21) Esta es, por ejemplo, la distinción de Esmein, " Eléments de Droit constitutionnel ", 8^a ed. Sirey, París, 1928, tomo I, p. 583.

(22) Se trataría aquí de un criterio jerárquico, del que nos ocuparemos más adelante. La clasificación propuesta es de M. Morange, " Contribution a la théorie générale des libertés publiques ", Nancy, 1940, 1940, p. 129, cit. por Braud o.p. cit. p. 157.

(23) Como veremos, es esta una distinción poco frecuente, aunque el criterio histórico-ideológico suele tomarse en consideración de forma implícita en bastantes clasificaciones. Así en Burdeau, cuya clasificación se ajusta a diversos criterios, cuando distingue entre libertades tradicionales y derechos económicos y sociales, " Les libertés publiques ", LGDJ, París, 1972 (4^a edición), p. 22.

(24) El propio Burdeau, op. cit., p. 18-20 utiliza este criterio, generalmente recogido por la doctrina en relación con los derechos sociales, como veremos más adelante.

de otra forma, en qué medida el régimen jurídico de un derecho se relaciona con su contenido, finalidad o modo de ejercicio; por ejemplo, no puede ser indiferente a un análisis jurídico / que no quiera ser unilateral e insuficiente si las libertades públicas gozan de una protección privilegiada en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, distinción ésta que, como veremos, resulta también discutible.

Como señalaba Santi Romano a comienzos de siglo, en relación con la teoría de los derechos públicos subjetivos (25), si contemplamos las principales distinciones utilizadas por la / doctrina, no hay dos que coincidan entre sí, pues en efecto, / aún valiéndose al menos aparentemente de los mismos criterios clasificatorios, los autores obtienen catalogaciones dispares. Partiendo de esta dispersión, parece necesario iniciar una tarea sistematizadora que exige en primer lugar reducir a un cierto orden los principios clasificatorios que, por su habitual / utilización en las elaboraciones doctrinales, pueden calificarse de más significativos, y que a nuestro juicio con los siguientes : titular del derecho, titular de la obligación, objeto o finalidad del derecho, clase de relación en la que aparece el derecho, función social, modo de ejercicio o contenido de

(25) " La teoría dei diritti pubblici subiettivi "cit.,p. 133.

la obligación y, por último, época de su incorporación al Derecho positivo u origen ideológico del derecho. Como es lógico, no todos estos criterios ofrecen un resultado igualmente satisfactorio y esclarecedor; la utilización de alguno de ellos, singularmente del citado en último lugar, parece incluso discutible y más que nunca se hallará hipotecada por las apreciaciones subjetivas del intérprete, pues en definitiva la incorporación de un determinado derecho es casi siempre el resultado de un proceso histórico complejo, del pacto entre las diversas / fuerzas sociales y opciones ideológicas. Con la seguridad que únicamente nos proporciona la perspectiva histórica, puede hoy parecer // sencillo señalar los " derechos del liberalismo ", pero, con / algunas excepciones que por su significación ofrecen pocas dudas, resulta más discutible delimitar un catálogo de " derechos socialistas ". Tal vez la única forma de superar estos obstáculos fuese limitándose a tomar nota del momento histórico de la incorporación del derecho al ordenamiento jurídico, eludiendo connotaciones ideológicas, y distinguir así , por ejemplo : derechos de la Revolución del XVIII, libertades asumidas en el / XIX, derechos reconocidos entre 1917 y 1945, y, por último, derechos posteriores a la segunda guerra mundial.

En este trabajo nos limitaremos a estudiar alguna de las / clasificaciones más usuales.

1.- Titular del derecho

A partir de este criterio clasificador, tal vez la distinción más evidente es aquella que atiende a la naturaleza individual o colectiva del sujeto titular del derecho, aunque en / verdad esta perspectiva, que es de uso corriente en la teoría del derecho subjetivo (26), no ha merecido demasiada atención / entre los estudiosos de las libertades públicas o de los derechos fundamentales (27). Sin embargo, la distinción es interesante, sobre todo cuando se analiza un texto positivo como la Constitución, pues no todos los derechos fundamentales reconocen una misma clase de titulares. La mayor parte de libertades y derechos se atribuyen al individuo, a la persona física o, al menos, en su formulación parecen evocar una titularidad individual. Sin embargo, una buena parte de estos derechos son susceptibles de ser atribuidos también a colectividades. Así pues, una primera clasificación debería distinguir entre aquellos de

(26) Vid. Dabin, J., " El Derecho Subjetivo ", trad. de F.J. / Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p.250 y s. Sobre la persona jurídica como titular de derechos y / obligaciones, vid. las consideraciones de Kelsen, "Théorie pure du Droit ", trad. de la 2ª edición de la " Reine / Rechtslehre " por Eisenmann, Dalloz, París, 1962, p.231 y s.

(27) No obstante, entre nosotros adopta este criterio el profesor Peces-Barba, op. cit., p.101 y s.; vid. también Castro, B. de, op. cit., p. 102 - 103.

rechos que son individuales por naturaleza (28), de aquellos // otros que pueden definirse también en favor de los grupos (29). A su vez, dentro de esta categoría sería factible especificar aquellos derechos que vienen constitucionalmente atribuidos, / además de a los individuos, a las colectividades o a personas jurídicas, si bien, esta última distinción, desde un punto de vista doctrinal, carece de relevancia en cuanto que el catálogo de derechos que pueden ser ejercitados por los grupos no se limita a los concretos supuestos previstos en la Constitución. Los derechos para los que el texto constitucional establece // de forma expresa una titularidad colectiva son los siguientes: libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16,1), intimidad familiar (art. 18,1), libertad de creación de centros/ docentes (art. 27,7) y derecho de petición (art. 29,1) (30).

(28) Por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio, el "habeas corpus ", los derechos del procesado, etc...

(29) Así, la igualdad ante la ley, la libertad de expresión, el derecho de propiedad, etc...

(30) Tal vez pudiera incluirse también, como hace el profesor / Peces-Barba, op.cit, p. 102, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2). Me parece, sin embargo, que la autonomía no es un derecho, sino un principio de organización territorial del Estado; mucho menos, un / derecho fundamental. Ante todo, por no hallarse incluido en el Capítulo y no gozar de la tutela jurisdiccional correspondiente; en segundo lugar, porque no se trata de un derecho de nacionalidades y regiones, sino que más bien " el / ejercicio de la autonomía " es una competencia de ciertos órganos públicos, que incluso pueden ser sustituidos por / las Cortes Generales (art. 144 c).

Esta previsión constitucional, que no debe interpretarse como una regla de exclusión de la titularidad colectiva en los demás derechos, era en parte necesaria, pues el derecho de libertad / religiosa y de culto presenta unas características especiales cuando se atribuye a los grupos y ciertamente su omisión hubiese significado una insuficiente protección de este derecho. En cuanto a la intimidad, la específica mención de la familia era también necesaria para la delimitación del ámbito de eficacia reconocido a este derecho, pues como es lógico la intimidad no es un valor absoluto que deba defender el Derecho en todo tipo de relaciones humanas. Más difícil de explicar es la referencia al derecho de petición colectiva, pues el carácter del sujeto titular no parece ser un elemento que altere las cualidades // de este derecho; tal vez la mención de los grupos tenga una explicación histórica, ya que el artículo 21 del Fuero de los Españoles reconocía únicamente el derecho de petición individual. Por último, la atribución a las personas jurídicas del derecho a la creación de centros docentes solo puede responder al propósito de reforzar el sentido de este derecho, pues desde un / punto de vista jurídico era perfectamente innecesario.

Junto a los derechos de titular exclusivamente individual y de titular indiferenciado, es importante referirse a los derechos que son por naturaleza colectivos, es decir, aquellos cuyo ejercicio solo tiene sentido cuando se realiza por un grupo de personas. Estos son a nuestro juicio los derechos genuinamente

te colectivos :

- Derecho de los grupos sociales y políticos significativos al acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público (artículo 20,3).
- Derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo / con sus propias convicciones (artículo 27,3) (31).
- Derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a / fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas (artículo 28,1).
- Derecho de los sindicatos (" Representantes de los trabajadores ") a la negociación colectiva (art.37,1).
- Derecho a la huelga (art. 28,2) (32).
- Derecho de la familia a obtener protección social, económica y jurídica (art. 39,1).

(31) En realidad, este derecho, aunque viene atribuido constitucionalmente a un grupo, los padres, es evidente que puede ser objeto una atribución individual.

(32) El derecho a la huelga es un derecho de titularidad individual, en cuanto que se reconoce a cada trabajador, pero de ejercicio colectivo.

- Derecho de las asociaciones de consumidores y usuarios a ser oídos en las cuestiones que puedan afectarles (artículo 51,2).

La clasificación de los derechos fundamentales atendiendo al titular del derecho admite, sin embargo, la toma en consideración de otros criterios distintos al de la naturaleza, individual o colectiva, del sujeto. Puede, efecto, ensayarse / una distinción en torno a la especial situación en la que se / halla el titular del derecho, situación que viene casi siempre definida por el propio contenido o finalidad del derecho y que, a su vez, delimita el ámbito propio de cada derecho. No obstante, teniendo en cuenta el carácter general y abstracto de las modernas declaraciones de derechos y el principio de igualdad jurídica que, como hemos visto, en nuestra Constitución se encuentra formulado de manera especialmente rigurosa, tal vez pudiera pensarse que este principio clasificatorio resulta hoy / inaplicable, ya que no cabe otorgar privilegios en la atribución de las libertades públicas que se funden en la raza, el / sexo, condición social, etc. Sin embargo, veamos también en el Capítulo II que la igualdad sustancial, consagrada en el artículo 9,2, exige la superación del " Derecho abstracto ", aunque no su negación, pues se estima como condición indispensable de una igualdad más real la conservación de los derechos políticos, es decir, de aquellos que se atribuyen al hombre político, abs-

tracción hecha de su condición social. Pero la conservación / de los derechos políticos, que con la salvedad que haremos seguidamente, no son susceptibles de ser clasificados según " el titular del derecho ", se combina en nuestra Constitución y / en general en el Derecho Moderno, con el reconocimiento de libertades y derechos que pudiéramos calificar de " parciales ", en cuanto que por naturaleza se dirigen al niño, al hombre trabajador, al minusválido, al anciano, etc...

Fácilmente se comprende que el peligro de este criterio que atiende al titular del derecho consiste en transformar la tarea de clasificación en una simple enumeración (33). Tal vez ello explique su escasa utilización por la doctrina, al menos como / criterio principal o autónomo, aunque no como elemento diferenciador de un determinado catálogo de derechos agrupados en torno a otros principios (34) o bien como criterio de sistematización muy general, como sucede en algunas exposiciones de Derecho Constitucional, influidas por la doctrina de los derechos públicos subjetivos (35). Por otro lado, el resultado que puede ob

(33) En el mismo sentido, De Castro, p. 109

(34) Así, por ejemplo, en Braud se asocia expresamente el concepto de derechos cívicos, que se obtiene mediante un criterio material y de forma de ejercicio, y la cualidad de ciudadano " la noción de liberté publique..", cit. p.135.

(35) Así Mortati, "Istituzioni di Diritto Pubblico ", CEDAM, Padova, 1975, vol.II, p.932-1102, comienza distinguiendo entre " autonomía de sujetos privados " y " autonomía de entes / sociales ", y Hauriou, A., entre libertades de la vida civil y libertades de la vida pública, "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", trad. de J.A.Gzlez. Casanova, Ariel, Barcelona, 1971, p.204-205.

tenerse de la aplicación de este criterio puede confundirse en ocasiones con otras agrupaciones realizadas según principios / distintos, ya que con frecuencia una cualidad personal deriva de la relación social en la que se integra el individuo o bien es condición de un determinado modo de ejercicio (36).

Estas consideraciones ponen de relieve el carácter a menudo complementario del criterio clasificador que ahora comentamos, lo que por otra parte, y si no queremos obtener una simple enumeración, nos exige adoptar en el análisis elementos o cualidades personales suficientemente compartidas, aunque ello suponga sacrificar determinadas peculiaridades en principio menos relevantes o más casuísticas. De acuerdo con ello, creemos que pueden ensayarse las siguientes clasificaciones :

A)- Según la situación del individuo frente al Estado.

a) Derechos del Hombre en general.

Serían aquellos en los que el criterio enunciado careciese de aplicación y que en principio son casi todos los derechos conocidos en el Título I, ya que según el artículo 13 "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que ga-

(36) Ello sucede, por ejemplo, con los derechos que nacen en la relación laboral, que son al mismo tiempo los derechos del trabajador.

rantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley ", con la única excepción recogida en // el n^o 2^a del mismo precepto, del derecho reconocido en el artículo 23 (37). No obstante, la cuestión examinada presenta un doble problema; de un lado, el catálogo de derechos reconocidos a los extranjeros se ha desconstitucionalizado en virtud del inciso final del precepto transcrito, si bien debe recordarse que " solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio " de los derechos y libertades, reconocidos en el Capítulo II (art. 53,1^a). Ciertamente, el artículo 13 no se halla incluido en el Capítulo II, pero no cabe duda de que los derechos de los extranjeros, en cuanto que desde un punto de vista material formen parte del / catálogo de libertades públicas, enunciadas en dicho Capítulo, gozarán de la garantía establecida en el artículo 53,1^a : el / derecho de asociación deberá ajustarse en su regulación al artículo 22 de la Constitución, no porque se atribuya a los ex--tranjeros, sino porque constituye una libertad fundamental del Capítulo II, cualquiera que sea el titular del derecho. Por // otro lado, cabe preguntarse acerca del verdadero alcance de // las diversas formas de atribución de los derechos en la Constii

(37) Sobre ello vid. Abarca, " Nacionalidad y Extranjería en la nueva Constitución ", cit., p.367 y s.

tución : " todos tienen derecho " (art. 15), " Toda persona tiene derecho " (art. 18), " Los españoles tienen derecho " (art. 19), etc... Una primera solución consistiría en excluir a los extranjeros del goce de las libertades y de los derechos constitucionalmente atribuidos a los españoles o a los ciudadanos. Esta parece ser la tesis de Paloma Abarca, (38), y también del Diputado Socialista, Sr. Zapatero, cuando, tras criticar la exclusión de los derechos políticos contenida en el / art. 13,2, añade que la misma era innecesaria, " por cuanto el texto constitucional, al desarrollar las distintas libertades o derechos fundamentales, establece en cada caso las necesarias diferencias de trato entre españoles y extranjeros " (39). Posiblemente, la intención de quienes defendieron la exclusión específica de los derechos del artículo 23 no fuese otra que la de reforzar el tenor literal del propio artículo 23, haciendo más rigurosa la prohibición. Sin embargo, a nuestro juicio, se logró el efecto contrario o, al menos, se ofrecieron las bases para sostener la opinión contraria. En cuanto que el artículo 13 se halla expresamente consagrado a regular la condición del extranjero, puede defenderse que es un precepto más específico que aquellos que atribuyen la titularidad de un derecho a los españoles o ciudadanos. El artículo 13 solo excluye los dere--

(38) Abarca, op. cit., p. 369.

(39) Citado por Abarca, op. cit., p.369

chos reconocidos en el artículo 23; pudo referirse también al artículo 14, relativo a la igualdad, o al 19, 29, 30, 35, 42 y 47, y sin embargo no lo hizo. " Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23" / luego, a sensu contrario, los derechos enunciados en los demás preceptos pertenecen " no solamente a los españoles ". A cambio de impedir con toda rigurosidad el ejercicio de los derechos / políticos, el artículo 13,2 ha " desnacionalizado " los derechos fundamentales. Creemos que esta solución es perfectamente defendible, sobre todo en relación con algunos derechos, como el de petición, atribuido a los españoles y cuyo ejercicio por los extranjeros no parece presentar especiales dificultades.

Este punto de vista, referido a la normativa constitucional, se vé plenamente confirmado si tenemos en cuenta que la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 constituye una norma de Derecho Interno que debe ser aplicada por nuestros Tribunales, pues, según vimos en el Capítulo anterior, el artículo 96,1 establece la recepción en nuestro ordenamiento de los Convenios validamente celebrados. En este sentido, el artículo 1^a de la / Convención determina que " Las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título primero de la presente Convención " y parece evidente que las personas " dependientes de su jurisdicción " no son únicamente las nacionales. A través / de la Convención Europea puede decirse que toda persona que se

halle en territorio español goza de buena parte de los derechos reconocidos en la Constitución Española; no así del derecho de participación política que figura indirectamente tutelado en el artículo 3^a del Primer Protocolo Adicional de 1952 (40), pues, al margen de que se formula como una obligación del Estado a / organizar elecciones libres y no como un derecho, es obvio que la norma constitucional del artículo 13,2^a tiene carácter específico y superior.

b) Derechos de los españoles.

En principio, el ejercicio de estos derechos requiere poseer la nacionalidad española, aunque si, como parece preferible, damos primacía al artículo 13,1 sobre aquellos preceptos que parecen atribuir el derecho a los españoles (41), el catálogo de libertades vinculado a la nacionalidad sería prácticamente inexistente. No obstante, aunque propongamos una interpretación generosa, parece que al menos tres derechos no pueden pertenecer en ningún caso a los extranjeros y son, por lo tanto, el contenido mínimo de los " Derechos de los Españoles " : el derecho a la nacionalidad (art. 11,1 y 2); el derecho a ob--

(40)Vid. " textos básicos sobre derechos humanos " edición preparada por G. Peces-Barba y L. Hierro, Facultad de Derecho, Madrid, 1973, p.321.

(41)Artículos 11,12,14,19, 29, 30, 35, 42 y 47.

tener la mayoría de edad a los 18 años (42); y, por último, el principio constitucional que protege a los trabajadores españoles en el extranjero, según el cual el Estado velará especialmente por la salvaguardia de sus derechos económicos y sociales y orientará su política hacia su retorno (art. 42).

c) Derechos de los ciudadanos.

La ciudadanía supone participación en los asuntos públicos, pero no todos los derechos de participación han de atribuirse necesariamente a los ciudadanos; el acceso a los medios de comunicación social del Estado se reconoce a los grupos sociales y políticos, no a los ciudadanos (art. 20,3). Igualmente, cabe reconocer a los trabajadores un derecho a participar en la gestión de las empresas. Por último, los denominados " derechos cívicos ", de los que nos ocuparemos más adelante, son los derechos de participación no vinculados a la noción de la ciudadanía. Por lo tanto, los derechos de los ciudadanos son sólo /

(42) No creemos que pueda reconocerse la mayoría de edad en España a quien no la ostenta según el Derecho de su país, al menos en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Vid. " Derecho Civil Internacional ", vol. II del " Derecho Internacional Privado ", obra dirigida por el profesor M Aguilar Navarro, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1975, p. 122 y s.

los derechos de participación política, recogidos de forma general en el artículo 23. Al estudiar la clasificación según el / modo de ejercicio o contenido de la obligación, intentaremos / un análisis más detenido de los derechos de participación, sin gularmente de los de participación política. Sin embargo, es necesario resaltar aquí que nuestra Constitución carece de un concepto preciso de ciudadanía, pues si en el artículo 23 se utiliza la expresión " ciudadano " en un sentido correcto, en el encabezamiento de la Sección 2^a del Capítulo II (" De los derechos y deberes de los ciudadanos "), por ciudadanos ni si--quiera debemos entender españoles, sino en general "personas". Antes de cumplir los 18 años y, en consecuencia, antes de participar en los asuntos públicos, se puede contraer matrimonio, (art. 32), ser propietario (art. 33), trabajar (art. 35) , etc... Podría argumentarse que nuestra Constitución no vincula la ciudadanía a la mayoría de edad y que una ley puede conce--der el derecho de voto a los 16 años sin modificar el texto constitucional (43) Nada podemos objetar a esta tesis, pero entonces el concepto de ciudadanía se confundiría con el de nacionalidad(44).

(43) Naturalmente, sería absurda la interpretación contraria, según la cual la posibilidad de ejercer alguno de estos derechos (trabajar, contraer matrimonio, etc...) implica--ría la ciudadanía y, por lo tanto, otorgaría el derecho / de sufragio del artículo 23.

(44) Sobre la evolución del concepto de ciudadanía en relación con los derechos cívicos y políticos, vid. Braud, op. cit., p. 135 y s.

Por nuestra parte, creemos que sigue siendo útil la formulación rousseauniana : " Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de Pueblo, y particularmente se llaman ciudadanos en cuanto partícipes de la autoridad suprema y súbditos en cuanto sometidos a las leyes del Estado " (45). El ciudadano es el hombre político y en el plano de la organización política vi-- gente, no parece que pueda prescindirse de esta noción.

d) Derechos de los Extranjeros y apátridas.

Nos referimos aquí a los derechos atribuidos exclusivamente a los extranjeros y apátridas, y concretamente al derecho de / asilo en España (artículo 13,4).

B) - Según la situación del individuo frente a la Sociedad.

a) Derechos del hombre en general.

Como en el epígrafe anterior, serían aquellos derechos respec

(45) Rousseau, "Contrato Social", trad. de S. Masó en " Escritos de combate ". Introducción, cronología y bibliografía de G. Benrekassa, Alfaguara, Madrid, 1979, Libro Primero, Capítulo VI, p. 412.

to de los cuales el criterio enunciado careciese de aplicación; es decir, los derechos y libertades cuya titularidad se atribuye con total independencia de la condición social del individuo, entendida esta expresión en sentido amplio, como conjunto de circunstancias personales. Casi todos los derechos recogidos en el Título I pertenecen a esta categoría, por lo que no parece necesario realizar su enumeración.

- b) Derechos de la persona en cuanto que portadora de ciertas cualidades sociales justificativas de la atribución por el ordenamiento jurídico de un derecho fundamental relacionado con las mismas.

Dentro de este apartado sería posible ensayar varias clasificaciones, pero parece más adecuado escoger un reducido número de principios de distinción, aún cuando ello exija sacrificar algunas peculiaridades.

- b₁) Derechos del Trabajador.

Libertad sindical (art. 28,1); derecho a la huelga (art. 28,2); derecho a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajo

jador y de su familia (artículo 35,1) (46); derecho a la negociación colectiva (art. 37,1); derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37,2); derecho a la formación profesional, a la seguridad e higiene en el trabajo, al / descanso y a las vacaciones periódicas retribuidas (artículo 40,2) (47).

b₂) Derechos del Empresario.

Derecho a la negociación colectiva (art. 37,1); derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37,2).

Tal vez debiéramos incluir en este apartado el derecho a la propiedad privada y sobre todo, " la libertad de empresa en el marco de una economía mercado ", en cuanto que son condiciones

(46) El propio artículo 35,1 recoge el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, pero debe estimarse que tales derechos se atribuyen a todos los individuos y tienen carácter previo. La sistemática constitucional es, no obstante, correcta, ya que responde a un criterio material.

(47) La Constitución reconoce otros derechos que se dirigen // principalmente a los trabajadores y representan una supe ración de la organización liberal, como el derecho a la / Seguridad Social o a disfrutar de una vivienda digna y / adecuada, pero cuya atribución jurídica, con buen criterio, no se circunscribe a los trabajadores.

para el ejercicio de una actividad empresarial y posiblemente constituyen los dos derechos más importantes del empresario. Sin embargo, estas libertades se reconocen a todas las personas y no forman parte en realidad del entramado de derechos / específicos del empresario.

b₃) Derechos Profesionales.

Libertad de cátedra (art. 20,1c); derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (20,1d); derecho de los profesores a intervenir, junto con los padres y alumnos, en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca (art.27,7); derecho a la creación de Colegios Profesionales y a la integración en los mismos, cuya estructura / interna y funcionamiento deberán ser democráticos (art. 36).

b₄) Derechos de la persona disminuída en su fuerza o en sus posibilidades.

Como señalábamos en un Capítulo anterior, el pensamiento liberal concibe la igualdad como igualdad de fuerzas, los hombres son iguales en sus posibilidades de acción, ilimitadas en principio. La tesis hobbesiana era sin duda más teórica que real, / como tuvimos ocasión de comprobar al referirnos a la igualdad sustancial. Pero, en cualquier caso, existen algunas desi--

gualdades patentes e indiscutibles, cuya toma en consideración por el ordenamiento jurídico es generalmente aceptada. Así, cabe señalar :

- los derechos del niño y del joven : derecho a la educación / (48); derecho a la igualdad ante la ley con independencia de su filiación (49); derecho a la protección familiar o de los / poderes públicos (art. 39); derecho de la juventud a la / participación en el desarrollo político, social, económico y cultural, que deberá promoverse por los poderes públicos // (art. 48).
- derechos de los disminuídos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49).
- derechos del anciano (art. 50).

(48) Aunque ciertamente no es éste un derecho exclusivo de los niños y de los jóvenes, es evidente que ellos son los principales beneficiarios del mismo, pues la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza se establece sólo en los niveles básicos, aunque, con buen criterio, la Constitución no señala cuáles son los niveles básicos y los superiores.

(49) La igualdad es, sin duda, un derecho general que protege a todas las personas; y también la prohibición de fundar discriminaciones en las circunstancias de la filiación tiene carácter general y ampara a todas las personas, pero creemos que este derecho es especialmente importante en la infancia, como lo prueba su reconocimiento en el art. 39, relativo a la familia y a la protección de los menores, además de su consagración general en el artículo 14.

2.- Objeto o finalidad del derecho. Contenido protegido.

Este es el criterio de clasificación de los derechos fundamentales más utilizado por la doctrina y tal vez por ello es / también el principal responsable del confucionismo e imprecisión que preside buena parte de los intentos sistematizadores. Parece comprensible, por otra parte, que amparándose en este criterio hayan podido ensayarse las más plurales clasificaciones, pues las libertades persiguen múltiples finalidades, protegen al hombre en todas sus dimensiones y se insertan en los más variados ámbitos de actividad humana; por ello creemos que todos los intentos sistematizadores que puedan construirse a partir de estos principios o elementos de distinción son igualmente lícitos y la adhesión a uno u otro dependerá en definitiva de las preferencias del lector.

Por regla general, las clasificaciones que tratan de ajustarse a este criterio atienden principalmente al objeto tutelado por el derecho, a su finalidad; se suele distinguir así entre las garantías que protegen la integridad de la persona física, los derechos que amparan su libertad, etc.. No obstante, precisando aún más, deberíamos distinguir entre aquellas clasificaciones que adoptan como criterio simplemente el objeto o / materia sobre la que versa el derecho, de aquellas otras que / tratan de integrar cada una de las libertades en un tipo de re

lación singular, aunque conviene advertir que no siempre es / fácil diferenciar ambos supuestos, pues, por ejemplo, los lla mados derechos sociales tienen por objeto precisamente estas materias y, además suponen un tipo de relación en la que la / persona no aparece como individuo abstracto, sino como ser so cial (50) ; así pues, parece preferible intentar reunir estos criterios de clasificación, si bien teniendo en cuenta que am bos autores insisten más en el carácter o naturaleza de la / actuación que ampara el derecho y otros, en cambio, en el / ámbito en el que habitualmente se ejerce. En realidad, como/ señala con acierto De Castro, atender al peculiar carácter / del ámbito de actividad humana en el que inciden las diversas libertades " parece estar un tanto a caballo entre la dimensión subjetiva y la objetiva " (51), lo que por otra parte pone de / relieve la fácil intercambiabilidad de algunos principios cla sificatorios y, en consecuencia, su imprecisa delimitación(52).

(50) Como veremos más adelante, al estudiar la categoría de los derechos de crédito, existen serias dificultades para déli mitar el ámbito de lo social, pero lo que interesa destacar aquí es que, cualquiera que sea su amplitud, para obtener/ el concepto de lo social será necesario precisar el tipo de relaciones humanas en que la nota de sociabilidad es prefe rente o como diría M. Gurvitch, "L'idée de droit social " Libr. Rec. Sirey, París, 1931, p.155, aquellas en las que / existe una sociabilidad por interpenetración y fusión.

(51) p.105. Nuestra clasificación ensayada en el epígrafe ante rior y que toma en consideración las diversas situaciones del sujeto (extranjero, ciudadano, trabajador, etc.) cree mos que es un ejemplo de la naturaleza mixta, objetiva y / subjetiva, del criterio elegido y, por lo tanto, una prue ba del certero juicio de De Castro.

(52) El propio De Castro confunde, a nuestro juicio, el objeto del derecho con el contenido de la obligación, op. cit., p. 110-112.

Los ensayos que nos ofrece la doctrina son numerosísimos. En España debemos citar la clasificación de Ruiz-Giménez, que por su exhaustividad es posiblemente la más satisfactoria de / cuantas toman en consideración el ámbito en el que se desenvuelven los diversos derechos. Distingue dicho autor siete categorías : derechos fundamentales de la persona en sí misma; derechos de la persona como ser social o comunitario in genere; derechos de la persona como ser familiar y doméstico; derechos / de la persona humana como ser trabajador; derechos de la persona humana como ser político; derechos del hombre como ciudadano del mundo; derechos de la persona humana como ser religioso (53). Igualmente, merecen citarse las clasificaciones que proponen González Campos (54), Sánchez de la Torre (55) o Elías Díaz, si bien este último renunciando a la utilización de un elemento único de distinción prefiere formular un amplio catálogo / enumerativo (56).

(53) Ruiz - Giménez, " El Concilio y los Derechos del Hombre ", Edicusa, Madrid, 1968, p. 108 y ss.

(54) Distingue este autor los siguientes grupos : derechos inherentes a la existencia misma de la persona; derechos relativos a la protección y seguridad de la persona; derechos relativos a la vida política; derechos de contenido económico-social; derechos relacionados con la vida social y jurídica de la persona, " La protección de los derechos humanos " en "ONU, año XX ", Tecnos, Madrid, 1966, p.271.

(55) Clasifica los derechos en dos grandes grupos : derechos / de la intimidad y derechos derivados de la pertenencia de un individuo o grupo a la colectividad, " Teoría y experiencia de los derechos humanos ", Del Toro, Madrid, 2^a / ed. 1976, pp. 47-62.

(56) Vid. "Estado de derecho y sociedad democrática", 1^a ed. Madrid 1966, p.27. El mismo proceder puede apreciarse en Messner, "Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural ", Rialp, Madrid, 1967, p.508-514.

Algunas clasificaciones, aunque se construyen a partir de textos positivos, gozan sin embargo de valor general; en este / sentido, podemos recoger por su sencillez la propuesta por / Truyol sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que distingue entre derechos relativos a la libertad, derechos procesales y políticos y derechos sociales (57), o bien el ensayo sistematizador de Castán que, tomando / en consideración los últimos documentos de las organizaciones internacionales, diferencia los derechos políticos, los derechos civiles y los derechos económicos, sociales y culturales (58). Recientemente, el profesor De Castro ha intentado una // nueva clasificación partiendo también de este mismo criterio de la naturaleza o contenido del derecho, es decir, como señala el autor, atendiendo al "bien o valor tutelado por cada derecho "; distingue así tres grandes grupos de derechos : el de los que reconocen y tutelan la integridad física y moral / del individuo, el de los que garantizan su libre actuación, y el de los que promueven una ordenación justa de las relaciones sociales que asegure el ejercicio de los derechos de integridad y de libertad (59).

(57) " Los derechos humanos ", Tecnos, Madrid, 1968, p.12-13

(58) " Los derechos del Hombre ", Reus, 2^a ed. Madrid, 1976, p.33.

(59) B. de Castro, op. cit., p. 120-121.

Asimismo, este criterio de clasificación es el que ha obtenido una mayor aceptación en la doctrina francesa de libertades públicas, cuya sistemática suele ajustarse al objeto o contenido de los derechos : libertades de la persona física, libertades de los grupos, libertades de pensamiento y derechos/económicos y sociales; según Burdeau (60); libertad individual, libertades de la persona física, libertades de la persona intelectual o moral y, libertades sociales y económicas, según Rivero (61), por citar únicamente dos ejemplos significativos (62).

Sin embargo, y a pesar de esta aparente identidad de criterios, lo que caracteriza a las clasificaciones mencionadas, además del lógico afán exhaustivo que anima a sus autores, es la mutua contradicción que puede apreciarse en los resultados obtenidos, según hemos tenido ocasión de comprobar con la simple enunciación de los principios sistematizadores, pero que

(60) En realidad, Burdeau no habla de libertades de grupos, sino del " Estado y los grupos ", siendo esta la rúbrica del / Título II de su obra " Les libertés publiques ", citada, p. 111 y s, en donde recoge los derechos de asociación, / reunión y manifestación.

(61) Rivero, " Les libertés publiques ", vol. I, " Les droits de l' homme ", cit. p. 23-28.

(62) Vid. también Colliard, " Libertés Publiques ", 4^a ed. Dalloz, París, 1972, p. 199 y s. y Robert, " Libertés Publiques ", ed. Montchrestien, París, 1971, p. 159, y s.

resulta mucho más notoria cuando se observan las disparidades existentes en la integración de cada derecho en las categorías o grupos correspondientes. Esta diversidad, ya lo hemos apuntado, resulta comprensible si tenemos en cuenta que los derechos fundamentales no satisfacen una sola finalidad y que pueden / contemplarse desde muy variados puntos de vista, todos aceptables en principio. Si se estima, por ejemplo, que " el simple hecho de que el individuo actúe como protagonista de la vida familiar, o como trabajador,... resulta irrelevante para marcar diferencias consistentes ... " (63), no puede sorprendernos que el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social o a la asistencia pública se incluyan, junto con el derecho a la vida y a la integridad física, dentro del grupo de los " derechos que reconocen y tutelan la integridad física y moral del hombre (64), siendo así que la generalidad de los autores separan netamente ambos derechos : el derecho a la vida como garantía primaria, dentro del grupo de derechos personalísimos o / de la persona física, y el derecho a la seguridad social, como manifestación de la categoría moderna de los derechos económicos, sociales y culturales (65).

(63) De Castro, B. op. cit., p. 121

(64) De Castro, B. op. cit., p.147

(65) Así, por ejemplo, Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", cit, p. 98 y Burdeau, " Les libertés publiques " cit, p. 400. En cambio, coincide con el criterio de De Castro la clasificación propuesta por el profesor Gómez Reino, " Las libertades públicas en la Constitución " en Lecturas sobre la Constitución Española, cit., vol. I, p. 44.

Como es lógico, y teniendo en cuenta todas las cautelas / que deben formularse a las diversas clasificaciones de los de rechos fundamentales y en particular a la que ahora nos ocupa, creemos que cualquiera de los intentos doctrinales que hemos señalado podrían ser aplicados sobre el nuevo texto constitucional, aunque ciertamente con resultados muy heterogéneos y sin respetar en lo más mínimo la por otra parte discutible // sistemática adoptada por el legislador. Así, en uno de los primeros trabajos sobre libertades públicas, aparecido tras la / entrada en vigor de la Constitución, el profesor Gómez Reino utilizando un esquema análogo, al menos en sus epígrafes, al propuesto por Burdeau , distingue entre libertades de la persona física, libertades de pensamiento, libertades colectivas y libertades en la esfera económica. Dentro de la primera categoría se recogen la libertad corporal (derecho a la vida, a la protección de la salud, etc...) la seguridad personal, / la libertad de desplazamiento y el derecho a la vida privada. Forman el grupo de las libertades de pensamiento, la libertad de creencias en sentido propio, la libertad religiosa y de / cultos, las libertades de expresión y de información y la libertad de enseñanza. En tercer lugar, las libertades colectivas estarían integradas por "la libertad de partidos políticos, que Gómez Reino diferencia de la libertad general de asocia--ción, siguiendo el criterio de nuestro legislador, la liber--tad de reunión y manifestación. Finalmente, las libertades / en la esfera de la economía serían el derecho de propiedad, la

libertad de profesión u oficio, la libertad sindical y el derecho de huelga (66).

Por su parte, el profesor Peces-Barba, utilizando un esquema propuesto en obras anteriores (67), distinguirá cinco categorías de derechos, si bien su clasificación de los derechos fundamentales presenta la peculiaridad de ajustarse a diversos criterios que ensaya sucesivamente. Los cinco apartados / en que divide el catálogo de derechos atendiendo a su diverso contenido son los siguientes : 1).- derechos personalísimos, es decir, " los que se refieren a la persona en sí misma " y que reúnen el derecho a la vida y a la integridad física / / (art. 15), a la libertad de pensamiento y de conciencia (art. 16), al honor y a la fama (art. 18) y el derecho a la objeción de conciencia (art. 30,2). 2).- derechos económicos, sociales y culturales, categoría que está formada por el derecho al trabajo (art. 40.2), el derecho a la seguridad social (art. 41), el derecho de huelga (art. 28,2), el derecho a la libre sindicación (art. 28,1), a la educación y a la li-

(66) Gómez Reino, op. cit., p. 44-56

(67) Vid. " Persona, Sociedad, Estado : el pensamiento social y político de Maritain ". Edicusa, Madrid, 1972, p. 81. / La clasificación que recogemos aquí, elaborada sobre la base del Título I de la Constitución, se formula en el trabajo " Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución, Revista de la Facultad de Derecho, monográfico, núm. 2, 1979, p. 39 y s. más tarde matizada en la tercera edición de los " Derechos Fundamentales ", cit. p. 91, y s.

bertad de enseñanza (art. 27), a la protección de la salud (art. 43), a la cultura (art. 44), al medio ambiente (art. 45), a la vivienda (art. 47), el derecho de los consumidores y usuarios a la seguridad, la salud y la defensa de sus / intereses económicos (art. 51), y, por último, el derecho / de autor (art. 20, 1.b). 3).- Los derechos de sociedad, de / comunicación y de participación que suponen, según el autor de la clasificación, el reconocimiento del pluralismo estructural de la sociedad y de la existencia de un ámbito de relaciones sociales más amplio que las relaciones individuo-Estado (68) Comprendería esta categoría el derecho de reunión (art. 21), el derecho de asociación (art. 22), el derecho a la información (art. 20 1.c, 3 y 5), el derecho de asilo (art. 13,4) y el derecho a la nacionalidad (art. 11,2), la libertad de residencia y circulación (art. 19), la inviolabilidad del / domicilio y de las comunicaciones (art. 18, 2, 3 y 4), y el derecho a la no discriminación (art. 14). 4).- En cuarto lugar, los derechos cívico - políticos, que hacen posible la democracia política; son el derecho a la participación política (art. 23), el derecho de petición (art. 29), el derecho de defender a España (art. 30) y el derecho a participar en el sostenimiento de los gastos públicos (art. 31). Finalmente, son derechos de seguridad, las garantías de la libertad individual (art. 17), el derecho a la jurisdicción y a las ga--rantías procesales (art. 24) y el derecho a la legalidad de las penas (art. 25).

(68) " Reflexiones sobre la teoría general..."cit, p. 45.

Todas las construcciones doctrinales aportan, sin duda, / enfoques de interés y ponen de relieve facetas singulares que contribuyen al logro de un conocimiento más amplio y profundo de la materia. Por nuestra parte, estimamos que los intentos / más útiles y esclarecedores son aquellos que adoptan como criterio de distinción elementos o características lo suficiente--mente generales como para dar cabida a un número significativo de derechos. Existe en la doctrina una tentación lógica de delimitar los elementos de clasificación con excesivo detalle, resultando así catálogos complejísimos formados por infinidad de categorías y subcategorías (69). Esta forma de proceder tal vez resulta plausible cuando se trata de definir el concepto de derechos fundamentales, pues el descubrimiento de sus pecusión y ordenación de lo común; pero cuando se pretende clasi--ficar lo ya definido, la idoneidad de esta metodología nos parece más discutible. En primer lugar, porque amenaza el peligro de frustrar el propósito clasificador, consiguiendo una / simple enumeración, pues es evidente que cada uno de los derechos y libertades presenta notas distintivas que son precisamente la razón de su propia existencia. En la medida en que se

(69) Un ejemplo de lo que indicamos puede encontrarse en De // Castro, op. cit., p. 147-150, cuyo esfuerzo y rigor en el análisis es sin embargo muy meritorio.

adopten como principios de distinción elementos singulares o escasamente compartidos, la clasificación ganará en complejidad y sutileza, pero es posible que cada una de sus categorías incluya tan escaso número de derechos que finalmente solo se haya destacado su naturaleza específica.

En definitiva, el problema no deriva tanto de pretender / agrupar los derechos en torno a numerosos elementos cuanto de que estos elementos representen realidades demasiado concretas, características muy específicas ; en tal caso, creemos / que el propósito sistematizador se resiente. En segundo lugar, el derecho fundamental puede satisfacer variadas finalidades y su ejercicio puede también inscribirse en relaciones sociales de diverso tipo; ello parece requerir criterios de clasificación suficientemente amplios y bien delimitados porque, de lo contrario, pudiera resultar que un determinado derecho fuese a un mismo tiempo adscribible a diversas categorías, lo // que igualmente perturbaría la clasificación, aunque ciertamente no parece fácil de evitar.

Aceptando las dificultades e insuficiencias que entraña / toda clasificación, nos atrevemos a proponer la siguiente, que adopta como criterio de distinción los dos valores esenciales que tratan de satisfacer los diversos derechos concretos y // que constituyen, al mismo tiempo, el fundamento axiológico de los mismos, a saber : la libertad y la igualdad.

Esta clasificación, además de su sencillez, creemos que / presenta la ventaja de ser perfectamente asumible desde la dogmática constitucional. El artículo 1,1 proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad y la igualdad (70) y el Título I supone la articulación y desarrollo de tales valores. En consecuencia, puede decirse que los derechos fundamentales o bien constituyen la concreción jurídica de la libertad o bien satisfacen el valor igualdad, especialmente entendida como igualdad sustancial (71). Bien es cierto que, desde una perspectiva muy general, todos los derechos sirven a la libertad y en definitiva a la dignidad humana, pues

(70) Como hemos visto en un Capítulo anterior y señala con acierto Peces-Barba, " Desde la Teoría de la Justicia hay reiteración en la enumeración de los valores superiores del ordenamiento jurídico ", pues tanto el pluralismo político / como la justicia son elementos hoy asumibles dentro de los dos grandes valores del mundo moderno, la libertad y la / igualdad. Vid. Peces-Barba, " La nueva Constitución Española desde la Filosofía del Derecho ", Documentación Administrativa, núm. 180, octubre- diciembre, 1978, p. 38.

(71) Debe distinguirse el valor igualdad del derecho fundamental a la igualdad. Este, como derecho fundamental amparado en el artículo 14, se concreta en una pretensión negativa : la no discriminación, de la ley o ante la ley. Los derechos de igualdad, en cambio, satisfacen la igualdad / sustancial y suponen muchas veces la discriminación de la ley (no ante la ley) que se dirige a superar las discriminaciones sociales.

incluso aquellos derechos que, para utilizar la terminología constitucional, exigen la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan la plena igualdad, son también derechos de libertad; la igualdad tiene desde esta perspectiva un significado instrumental, en cuanto que la transformación de la libertad abstracta, es decir, de la jurídicamente atribuida a cada ciudadano, en libertad real o efectivamente disfrutada por cada hombre, requiere una acción positiva contra las desigualdades de la sociedad civil (72). No obstante, estas consideraciones, creemos que sigue siendo útil la distinción apuntada; / existen derechos que satisfacen principalmente el valor libertad y otros que persiguen de manera singular la consecución / de la igualdad o, si se prefiere, unos derechos son de libertad y otros de libertad igualitaria. Los derechos de libertad son aquellos que tratan de garantizar el pleno desarrollo humano mediante la delimitación de un ámbito de autonomía individual, que no puede ser perturbado ni por el poder ni por los individuos o grupos; estas libertades encuentran hoy un complemento necesario en los derechos de igualdad, que promueven la plena integración del hombre en la sociedad y hacen posible / que los titulares jurídicos de la libertad la disfruten efectivamente.

(72) Vid. Peces-Barba, " Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución ", citado, p. 42.

El esquema elegido plantea sin duda insuficiencias y exige formular ciertas matizaciones. En primer lugar, dentro de la categoría general de los derechos que hemos denominado de libertad, debemos distinguir entre aquellos que suponen el // ejercicio efectivo de una libertad, es decir, que se concretan en un actuar humano, de aquellos otros que protegen un / bien específico, como la vida o la integridad física, y que / constituyen el presupuesto esencial de un régimen de libertades; a estos últimos les denominaremos garantías individuales. Ciertamente hubiéramos podido intentar una clasificación en / torno a estos bienes, vida, propiedad, intimidad, etc., pero ello no nos habría eximido de la necesaria diferenciación de las libertades formales y, por otra parte, hubiese quebrado / los principios elegidos para nuestra clasificación, pues por ejemplo, la vida y la integridad física aparecen protegidas, además de por el específico derecho a la vida del artículo 15, por el derecho a la seguridad social o por la protección contra el desempleo, que son de naturaleza igualitaria. No existe, en cambio, ningún obstáculo para incluir las garantías // individuales, pues, a pesar de las peculiaridades de su ejercicio que ahora no interesan, se ajustan a la noción esencial de esta categoría de derechos : protegen un ámbito de autonomía para el individuo y consagran una obligación negativa y, en cuanto a su finalidad que es lo que debemos destacar aquí, o bien protegen la libertad de forma directa o bien represen-

tan una condición esencial de la misma (73).

La distinción entre las garantías individuales y las libertades creemos que en líneas generales no ofrece dificultad. Existen, no obstante, ~~derechos~~ difícilmente catalogable, como por ejemplo el derecho a la objeción de conciencia, que constituye una garantía individual y al mismo tiempo supone el / ejercicio de una libertad de opción reconocida por el ordenamiento. Este derecho se caracteriza siempre por autorizar el levantamiento de una obligación o deber (74). Se trata de una / garantía individual, en cuanto que protege la conciencia como reducto inviolable, al igual que otras garantías protegen la intimidad familiar o el secreto de las comunicaciones. Pero / su ejercicio se resuelve en una libertad de opción entre cum plir con el deber o negarse a ello, amparándose en el derecho reconocido. En la medida en que la regulación legal sea más / restrictiva (75), el derecho se aproximará al grupo de las ga-

(73) En el mismo sentido, Peces-Barba, " La nueva Constitución Española desde la Filosofía del Derecho " , cit., p.40-41, quien incluye, sin reparar en ninguna diferencia, las que hemos llamado garantías individuales dentro de los derechos de libertad. El tratamiento indiscriminado se justifica plenamente pues, como hemos visto, la distinción no afecta a la finalidad o contenido de los derechos, sino al tipo de poder que confieren.

(74) Así sucede con la Objeción de Conciencia al servicio militar, que es la única constitucionalmente reconocida, pero también con otras formas o manifestaciones de la objeción.

(75) Por ejemplo, estableciendo órganos fiscalizadores sobre la "veracidad de la conciencia ".

rantías individuales. Si, por el contrario, la regulación es generosa, la garantía se transforma en libertad, pues lo que antes era levantamiento de un deber, ahora se convierte en // una opción, con lo que en definitiva la obligación deja de / serlo o adquiere la forma de una obligación de contenido al-- ternativo (servicio militar - servicio civil).

En segundo lugar, la propia distinción entre derechos de / libertad y derechos de igualdad presenta algunos obstáculos, bien porque ciertos derechos participen de una doble naturaleza, bien porque otros, en cambio, no se ajusten a ninguno de estos valores. Así, los derechos de participación política, / singularmente el sufragio, aún cuando su fundamento en el Es- tado contemporáneo sea la igualdad e históricamente se reivindican como exigencias de la igualdad (sufragio universal e / igual), desde una perspectiva finalista, su ejercicio constituye una expresión de la libertad del individuo, a quien se / le reconoce el derecho de optar entre distintos modos de con- cebir la sociedad política, haciendo efectiva esta opción me- diante la participación política. Teniendo en cuenta que en este apartado hemos decidido atender al criterio de la finalidad del derecho, incluiremos el de participación dentro de la categoría de las libertades, pero con las cautelas apuntadas. Por último, otros derechos persiguen finalidades difícilmente asimilables a la libertad o a la igualdad, como el derecho al

medio ambiente (76). En principio, nos inclinamos por asimilarle a los derechos de igualdad, pues lo que se pretende con su reconocimiento es la generalización de un bien que cada día disfrutaban menos ciudadanos, los que habitan en lugares todavía no contaminados y quienes disponen de suficientes medios económicos para disfrutar del medio ambiente. Algo análogo sucede con el derecho a la cultura.

En consecuencia, proponemos la siguiente clasificación de los derechos fundamentales atendiendo a su finalidad :

A).- Derechos de Libertad.

a).- Garantías individuales : derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); derecho a la libertad y seguridad personal, que comprende las garantías en favor del detenido (art. 17) y las garantías procesales (art.24 y 25); y finalmente, el derecho a la intimidad, que comprende el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18,1 y 4), la inviolabilidad del domicilio (art.18,2) y la inviolabilidad de las comunicaciones (art.18,3).

(76) Tal vez este sea el motivo por el que numerosas autores justifican una nueva categoría de derechos, los llamados nuevos derechos fundamentales, con base precisamente en las peculiaridades del que ahora comentamos. Vid. Vasak, K., " Le droit international des droits de l'homme " Revue des Droits de l'homme, Pedone, París, 1972, vol. I, p. 45. Peces-Barba, " Derechos fundamentales " cit.,p.105. Madiot, Y., " Droits de l'homme et libertés publiques " cit.,p.20.

b).- Libertades : ideológica, religiosa y de culto (art. 16, 1); libertad de residencia y circulación (art. 19); libertad de expresión (art. 20), derecho de reunión y manifestación (art. 21), derecho de asociación (art. 22), derecho de asociación con fines religiosos (art. 16), derecho de asociación sindical (art. 28), derecho de participación (art. 23) derecho a la huelga (art. 28,2), derecho de petición (art. 29), derecho a la objeción de conciencia (art. 30,2), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), derecho de fundación // (art. 34), derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35,1), derecho a la negociación colectiva (art. 37,1), derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37,2), libertad de empresa (art. 38).

B).- Derechos de igualdad.

Igualdad ante la ley (art. 14); derecho del condenado a una pena de privación de libertad a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad (art. 25,2), derecho a la educación (art. 27) derecho al trabajo y a una remuneración suficiente (art.35,1) derecho de la familia a su protección social, económica y ju-

rídica por parte de los poderes públicos (art. 39,1) (77); de
recho de los hijos a la protección de sus padres y de los po-
deres públicos (art. 39,2,3 y 4); derecho a la formación y
readaptación profesionales, a la seguridad e higiene en el //
trabajo, al descanso y a las vacaciones periódicas retribuif--
das (art. 40,2); derecho a la Seguridad Social (art. 41),
derechos de los trabajadores españoles en el extranjero (art.
42); derecho a la protección de la salud (art. 43), dere--
cho a la cultura (art. 44); derecho a disfrutar de un medio
ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45)
derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art.47)
derechos de los minusválidos (art. 49), derechos de los an-
cianos (art. 50), derechos de los consumidores y usuarios /

(77) Como ya sabemos, los " derechos incluidos en el Capítulo
III no son propiamente tales, ya que carecen de garantía,
no son exigibles ante los órganos jurisdiccionales por los
individuos que se sientan lesionados en ellos. Estos prin-
cipios rectores, cuya observancia es obligatoria para to-
dos los poderes públicos y que son fiscalizables mediante
el recurso de inconstitucionalidad , " suponen una especi-
ficación y concreción de los valores señalados en el artí-
culo 1^a ", según dice Peces-Barba, " La nueva Constitu-
ción Española desde la Filosofía del Derecho ", cit., p.
41. Ello no obsta para que, con las debidas cautelas, po-
damos hablar de " derechos ", pues en tales preceptos se
enuncia ya el contenido de lo que podrán ser los futuros
derechos, una vez articulados en la ley.

(art. 51) (78).

3.- Modo de ejercicio y contenido de la obligación.

De todos los principios de distinción éste que ahora comentamos es el que nos parece más útil. La finalidad de una / clasificación no consiste solo en ubicar dentro de ella el mayor número posible de derechos, ni en conservar una pureza metodológica a costa de ocultar características relevantes de / diferenciación, sino, sobre todo, en poner de relieve los elementos que faciliten la comprensión de la categoría " derechos fundamentales ", tanto desde un punto de vista jurídico como histórico o genético, así como la comprensión de cada una de las libertades, o de cada grupo de libertades, destacando sus características singulares. Con ello no se trata de negar validez a otros criterios de clasificación, pero, por ejemplo, / incluir dentro de un mismo capítulo el derecho a la vida y a

(78) Este derecho tiene un importante componente igualitario, no ya de igualdad social, sino de igualdad jurídica. Supone la constatación de que los contratantes, supuestamente iguales, se hallan en profunda desigualdad y que tal situación conduce de hecho al abuso de la parte más fuerte. Vid. las interesantes consideraciones de Hart, Dieter, " un caso ejemplar : la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato ", en " La formación del jurista, Capitalismo monopolístico y cultura jurídica " con artículos de Barcelona, Muckenberger y Hart, Civitas, Madrid, 1977, p. 113 y ss.

la seguridad social, o el derecho a participar en la vida cultural y a la inviolabilidad del domicilio (79) nos parece escasamente significativo, en especial cuando este criterio de clasificación que atiende al contenido o finalidad del derecho / no se acompaña de otras distinciones fundadas en principios / distintos. Los derechos fundamentales son una categoría jurídica compleja, en el sentido de que son posibles muy diversas formas de ejercicio, de protección, etc...; existen derechos reconocidos por la Constitución, mientras que otros, en cambio, se hallan enunciados en leyes ordinarias; la propia Constitución establece un sistema de fuentes y de garantías para el desarrollo y protección de las libertades que tampoco es / uniforme; algunos derechos pueden suspenderse al amparo del / art. 55 de la Constitución y otros no, etc... Pero, además, un intento de caracterización científica de los derechos fundamentales no puede conformarse con divisiones que atienden / a elementos puramente jurídicos o, al menos, no debe prescindir de referencias a elementos históricos o ideológicos, pues los derechos fundamentales forman parte de la evolución del / pensamiento y de las organizaciones políticas. En definitiva, creemos que una clasificación ideal sería aquella que, a partir del modo de ejercicio y del contenido de la obligación, es

(79) Vid., por ejemplo, De Castro, op. cit., p. 147 - 148; Gómez Reino, op. cit., p. 45 y s.

decir, a partir de criterios jurídicos, procurase conjugar / / otros elementos que indudablemente se relacionan con las libertades : concepto del Derecho, funciones del Estado, contexto social e ideológico, etc. En este aspecto será importante poner de relieve la relación entre los derechos fundamentales y las funciones asumidas por el poder : garantizadora y represora, promocional y de prestación, así como la relativa importancia de cada una de ellas.

Procediendo en la forma indicada no cabe duda que la clasificación perderá pureza, ya que no se atiende a un criterio único ni tampoco los diversos criterios reseñados ofrecen resultados plenamente homogéneos, pero a nuestro juicio resultará de mayor utilidad al conseguir una división jurídicamente significativa al mismo tiempo que se procura establecer una / relación entre el carácter ideológico de las libertades, el / contenido de la obligación que las mismas comportan y su régimen jurídico. Reconocemos anticipadamente que estos ambiciosos propósitos quedarán en este trabajo parcialmente frustrados, pues el intento de conjugar elementos tan heterogéneos / no es en absoluto sencillo y además exigiría una investigación histórica y sociológica que supera ampliamente los objetivos de este estudio, pero al menos debe quedar expresada nuestra actitud metodológica. Tampoco pretendemos ofrecer una clasificación científica, en el sentido de " neutral " o no ideológica, pues parece muy difícil no verse afectado por el certe-

ro juicio de González- Casanova (80) cuando afirma que los intentos de clasificación tradicionales se hayan condicionados por ideologías subyacentes; pero desde luego no creemos que / la clasificación que ofrecemos esté más contaminada por la particular ideología que otros ensayos que tal vez se ajustan a criterios de mayor pureza metodológica; en otras palabras, // no parece que el escrupuloso respeto a un elemento clasificador, muchas veces elaborado a partir de conceptos que poco // tienen que ver con la realidad histórica y jurídica de los derechos fundamentales, pueda ofrecernos una mejor comprensión del objeto sobre el que se trata de discriminar (81).

Finalmente, y una vez aceptado el esquema propuesto, conviene rechazar todo prejuicio en la combinación de los elementos que hemos señalado como más significativos; de manera singular debemos evitar la tentación de vincular necesariamente los términos liberalismo, libertad negativa, Estado garantizador- represor, derechos públicos subjetivos plenamente garantizados, por una parte; y socialismo, libertad participación, / función promocional-prestadora de bienes o servicios, derechos escasamente garantizados o " in fieri ", por otra parte. Has-

(80)González Casanova , " Las declaraciones de derechos humanos y la Encíclica Pacem in Terris ", en AFD, X, 1963, p. 227.

(81)Una opinión contraria en De Castro, op. cit. p.119.

ta cierto punto, creemos que esta ecuación es real, al menos en lo que se refiere a ciertos elementos de la misma, pero / las excepciones que pueden señalarse son tan abundantes, sobre todo si atendemos al grado de protección de los derechos en / nuestra Constitución, que no puede sostenerse sin muchas cautelas. Por otro lado, la doble relación señalada contribuye a crear una idea simplista sobre el concepto y la evolución / histórica de los derechos fundamentales, por lo que parece más correcto no insistir demasiado sobre la misma, sino únicamente limitarse a comprobar en cada caso concreto hasta qué punto / dicha relación existe y qué elementos la componen.

Forma de ejercicio del derecho y contenido de la obligación son criterios de clasificación distintos, aunque la doctrina les utiliza indistintamente obteniendo unos resultados análogos (82). Este confusionismo resulta, sin embargo, más // aparente que real, pues, como enseñó Kelsen, lo que se designa con el nombre de " derechos " o de " derechos subjetivos " o de " pretensión " de un individuo no es más que la obligación de otro u otros. Que un individuo está obligado a una cierta

82) Así, Braud, "La notion de liberté publique ...", cit, sobre la base del contenido de la obligación puede distinguir entre libertades públicas, derechos políticos y derechos sociales, mientras que el profesor Peces-Barba "Derechos Fundamentales", cit., p.102, bajo la rúbrica "por / razón de la forma de su ejercicio", clasifica las libertades en derechos autonomía (categoría análoga a lo que Braud denomina libertades públicas), derechos de participación (derechos políticos de Braud), derechos de crédito (un sector de los derechos sociales en el esquema del profesor francés) y derechos-deber (p. ejem. el derecho a la educación).

conducta (negativa o positiva) supone que en caso de conducta contraria deberá intervenir la sanción; la obligación del sujeto es la norma que prescribe la primera conducta atribuyendo una sanción a la conducta contraria (83). En consecuencia, cuando los derechos fundamentales se ajustan al modelo de los "derechos reflejos " (84), su clasificación exige atender al contenido de la obligación que reflejan o, lo que es lo mismo, los derechos fundamentales clasificados según el contenido de la obligación se corresponden con una determinada forma de / ejercicio, pues ésta es reflejo de aquél.

pero no todos los derechos fundamentales son derechos reflejos. En ocasiones, se trata de derechos subjetivos, en sentido técnico, según la conocida expresión kelseniana, y consisten en el poder conferido por el ordenamiento jurídico de obtener la tutela de los derechos, " de hacer valer, por vía de acción, la inejecución de una obligación jurídica " (85) El derecho subjetivo supone entonces concurrir a la creación de normas jurídicas individuales. Pero como la " obligación " que se trata de hacer valer puede constituir un límite a la actuación del poder, la norma individual puede implicar la anulación

(83)Kelsen, " Theorie pure du Droit ", cit. , p. 172-173

(84)Kelsen, " Theorie pure du Droit ", cit. , p. 173 y s.y 181 y s.

(85)Kelsen, " Theorie pure du Droit ", cit., p. 183-184.

de una norma general para un caso concreto e incluso, de forma indirecta, puede originar su expulsión del ordenamiento jurídico. Este es el fundamento del recurso de amparo, pues cuando la sentencia estimatoria declara la nulidad de la decisión, del acto o de la resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos (art. 55 LOTC), lo que está haciendo es crear una norma individual que, si carece de cobertura legal, tendrá por objeto sencillamente anular otra norma individual en razón de su anticonstitucionalidad; pero si el acto impugnado se apoya en una ley anticonstitucional, entonces la norma individual supondrá la derogación singular de la norma general, que podrá culminar en su definitiva expulsión del ordenamiento si el Tribunal Constitucional sigue el procedimiento establecido en el artículo 55, 2 de su Ley Orgánica.

Otras veces los derechos fundamentales constituyen la articulación jurídica de la democracia y adoptan la forma de derechos de participación. Aunque tal vez sea el más importante, esta categoría no puede circunscribirse al derecho de sufragio; es más, como veremos luego con más detalle, no todos los derechos de participación son derechos fundamentales y, a nuestro juicio, tampoco es cierto, como sostenía Kelsen, en relación con los que él llamaba derechos políticos, que impliquen siempre un poder de concurrir a la creación de normas jurídicas y, mucho menos de leyes en sentido estricto.

Ahora bien, si los derechos fundamentales que adoptan la forma de derechos subjetivos en sentido técnico o de derechos de participación no son derechos reflejos, ¿ Quiere decirse que estamos ante un derecho fundamental sin obligación?; estas categorías que se obtienen mediante el criterio clasificador " modo de ejercicio ", entendido como " tipo de poder / que confiere el ordenamiento jurídico ", ¿ No son catalogables según el criterio " contenido de la obligación "? No lo creemos así; por el contrario, los derechos que comentamos se hallan garantizados mediante múltiples obligaciones de contenido diverso y que se atribuyen también a diferentes sujetos. El Juez está obligado a resolver la cuestión planteada, el Gobierno tiene el deber de convocar elecciones cada cuatro años, el Presidente de una mesa electoral está obligado a recibir el voto del elector, el Congreso de los Diputados ha de tramitar las proposiciones de ley correctamente presentadas mediante / el procedimiento de iniciativa popular (86) y, en definitiva el Estado está obligado a establecer los medios idóneos para la realización de estos derechos. Se trata siempre de obligaciones con sanción, de verdaderas obligaciones; son obligacio

(86) Parece que la iniciativa popular no es un derecho fundamental, pues no figura recogido en el Título I de la Constitución, pero en este caso vale como ejemplo, pues confiere un poder de participación.

nes del Estado definido en nuestra Constitución, que es el Estado de Derecho. Se podrá decir, ciertamente, que no existe sanción porque la hipótesis de que el poder no cumpla con su deber, el ciudadano en última instancia carece de medios jurídicos, y subrayamos el calificativo de jurídicos, para realizar su derecho subjetivo o su derecho de participación; pero en tal caso, el poder que se hallaba sometido a la Constitución, habrá violado sus preceptos, será pura fuerza. Entonces ya no estamos hablando de Derecho; surgirá un nuevo orden anticonstitucional que será válido en la medida en que sea eficaz.

Así pues, no cabe duda de que el derecho subjetivo y el / de participación generan también obligaciones. ¿ Por qué no / catalogarlos entonces como derechos reflejos ?. A nuestro juicio, la diferencia se halla en que el poder jurídico que atribuyen no consiste en exigir esas obligaciones, no son su reflejo, sino que tienen por objeto o bien hacer valer la inejecución de una obligación previa (no la del juez, ni la del / funcionario que ha de dictar la norma jurídica individual, sino la del deudor) o bien participar en la organización social y política. El derecho a la integridad física o el derecho a la educación, para poner dos ejemplos dispares, pueden calificarse de derechos reflejos en cuanto que el poder jurídico que confieren se limita a obtener simplemente el cumplimiento de dos obligaciones correlativas : no herir ni golpear y prestar un servicio educativo. En cambio, el derecho de voto

no otorga un poder jurídico que se derive de la obligación del Gobierno de convocar elecciones, ni de la del Presidente de Mesa Electoral de recibir el sufragio, sino que supuestas estas obligaciones otorga un poder jurídico de concurrir en la formación de normas jurídicas o, más en general de intervenir en la organización política; el voto no tiene por objeto exigir el cumplimiento de ninguna obligación. No sucede así en princi--pio con el derecho subjetivo en sentido técnico, pues aquí el poder jurídico busca el cumplimiento de una obligación, pero no de la obligación del Juez a dictar sentencia, sino de la / obligación del deudor, de quien estaba obligado a no herir o a prestar un servicio educativo.

La clasificación adoptada tiene en cuenta diversos elementos. En primer lugar, distingue entre aquellos derechos fundamentales que confieren un poder jurídico de participación / en la organización política, bien sea concurriendo en la creación de normas individuales dirigidas a exigir el cumplimiento de una obligación, bien sea participando en la formación de / normas generales, de aquellas otras que son el reflejo de una obligación contenida en una norma de Derecho objetivo. En segundo lugar se distingue, dentro de esta última categoría las obligaciones de contenido negativo, de las de contenido positivo. Lo que caracteriza al derecho reflejo es precisamente / que no modifica el orden jurídico, que es el simple reflejo de una obligación. Por el contrario, el derecho subjetivo en sen

tido técnico consiste en " el poder jurídico de concurrir a la creación de normas individuales ", pero con el fin, según Kelsen, de hacer valer la inejecución de la obligación jurídica de su deudor de realizar una cierta prestación en su favor " (87). Finalmente, el derecho de participación confiere un poder de intervenir en la organización de la comunidad, generalmente cooperando en la creación de normas jurídicas (88), pero, y aquí está la diferencia más importante, sin que este poder jurídico tenga por objeto exigir el cumplimiento de una obligación atribuida a otro sujeto.

Hechas estas consideraciones, proponemos inicialmente la siguiente clasificación : 1).- Libertades-autonomía; 2).- Derechos de crédito ; 3).- Derecho a obtener la tutela de derechos; 4).- Derechos de participación. La primera de las distinciones (autonomía-crédito) se funda en el contenido de la obligación; negativa en el caso de las libertades autonomía, y positiva, en los derechos de crédito. En cambio, la segunda

(87) Kelsen, " Theorie pure du Droit ", cit., p.194 y 188.

(88) Creemos, sin embargo que no siempre esa participación se expresa en una actividad normativa; piénsese en el derecho a participar en la defensa de la Nación o en el levantamiento de las cargas públicas, que son derechos-deber de participación.

distinción atiende principalmente al modo de ejercicio, entendido como tipo de poder concedido por el ordenamiento jurídico. En estos derechos, aunque se hallen garantizados por la / norma mediante la atribución de ciertas obligaciones a otros / sujetos, lo que importa no es el contenido de esas obligaciones, sino el tipo de poder que reconocen : participar, ya sea en la organización social y económica, normalmente contribuyendo a la creación de normas generales, ya sea concurriendo a / la creación de normas individuales con la finalidad de hacer valer la inejecución de una obligación; precisamente aquí, en la existencia de esa obligación, debe buscarse la diferencia principal entre el derecho a obtener la tutela de derechos y el derecho de participación.

Observese, sin embargo, que la distinción apuntada puede reconducirse a dos grandes categorías : o el derecho fundamental es el reflejo de normas jurídicas, es decir, una simple / atribución del Derecho Objetivo que se inscribe en la relación jurídica generadora de facultades y obligaciones; o bien, sin dejar de ser un poder conferido por el ordenamiento, el derecho fundamental no se agota en la norma preexistente, sino que se dirige a la modificación o especificación del propio ordenamiento. Se pueden entonces clasificar los derechos fundamentales en derechos reflejos (autonomía- crédito), para mantener la terminología kelseniana, y derechos de participación.

Esta última categoría estará formada por el grupo de derechos que tradicionalmente se califican de participación o políticos y, además, por el derecho a la jurisdicción, es decir, a obtener la tutela de derechos e intereses legítimos, según dice / el artículo 24,1 de la Constitución; entre ellos no cabe establecer diferencias esenciales. Como regla general es cierto / que los primeros hacen referencia a normas generales y los segundos a normas particuales o individuales; y que éstos últimos suelen tener, además, por finalidad hacer valer la inejecución de una obligación. Pero, no obstante, los derechos políticos no se circunscriben al sufragio o participación en el órgano legislativo, sino que pueden extenderse a la participación en los órganos de Justicia o de la Administración, que / habitualmente crean normas individuales; y, a su vez, el derecho de participación entendido como derecho subjetivo en sentido técnico puede en ocasiones conferir un poder de concurrir, directa o indirectamente, en la creación de normas generales, como ya hemos visto que sucede con el recurso de amparo en España. En definitiva, el derecho de participación no / es esencialmente distinto cuando se concurre a la formación / de normas generales o de reglas individuales. Y en cuanto a la obligación cuya inejecución se hace valer, no parece que // siempre que se requiere el amparo de los Tribunales o , en general de los órganos que aplican el derecho, haya de existir un sujeto obligado, un deudor en sentido estricto o, al menos, no siempre la acción se dirige a hacer valer el incumplimiento

de una obligación; así, cuando se pretende la mera declaración de una situación jurídica.

Ahora bien, las categorías obtenidas de acuerdo con los / criterios apuntados no forman dos grupos incommunicados. Por el contrario, su comparación enriquece el análisis. Así, la contraposición obligaciones de contenido negativo-derechos de // participación, responde al doble sentido de la libertad, que / es ya tradicional en la filosofía política : la libertad de / los antiguos y la libertad de los modernos según Constant, es decir, la libertad autonomía y la libertad participación que, en favor de la primera, trató de conjugar teóricamente el pensamiento liberal (89). Su origen ideológico y las circunstancias de su incorporación al Derecho Positivo son diversas. Las libertades autonomía son de origen liberal y puede decirse que constituyen la culminación de la idea de tolerancia surgida / en los siglos anteriores al XVIII; en síntesis, el contenido de la obligación consiste en un " no hacer " es decir, en la prohibición para cualquier persona, privada o pública, de intervenir en la esfera dejada a la disponibilidad del titular (90).

(89) A esta cuestión nos hemos referido en el Capítulo Primero.

(90) Vid., Mortati, C., " Istituzioni di Diritto Pubblico ", / CEDAM, Padova, 1975, vol. II, p. 1036.

La libertad así definida tiene un contenido negativo, en cuanto que se satisface con la simple abstención de los demás individuos y del poder. El segundo sentido de la libertad, cuya consecuencia son los derechos políticos, representa el elemento / característico de la ciudadanía, como participación del individuo en la comunidad política y, más concretamente en la formación de la voluntad general, de la ley.

El origen remoto de la libertad-participación es sin duda muy antiguo, pues como indicaba acertadamente el liberalismo conservador, ésta era la libertad de los antiguos; sin embargo, en el mundo moderno el mérito de su defensa debe atribuirse principalmente a Rousseau, de la misma forma que en la etapa del constitucionalismo, las fuerzas sociales y políticas / que lograron su incorporación al Derecho positivo fueron los partidos y sindicatos obreros (91).

(91) En realidad, los derechos políticos eran perfectamente conocidos y amparados por el Estado decimonónico. Lo que debe atribuirse al socialismo es su generalización y la extensión de su ámbito de ejercicio, es decir, el sufragio universal y las fórmulas de participación no circunscritas al procedimiento de la democracia representativa : / participación en la Administración, en la Justicia, en las empresas, en la Seguridad Social, etc...

Los derechos de crédito responden a un concepto de libertad entendida como integración, es decir, suponen la constatación por el orden jurídico de que, junto a la dimensión política del hombre, y casi diríamos que confundiendo con ella, existe el individuo histórico, en su situación concreta. Así como las libertades autonomía se ajustan a un concepto del Derecho meramente garantizador y represor, estos derechos requieren el reconocimiento de una función promocional y de prestación por parte de los poderes públicos (92). En efecto, creemos que en líneas generales es justo mantener que los derechos económicos, sociales y culturales, que satisfacen los postulados del Estado democrático de Derecho, coinciden con aquellos cuya realización exige un obrar positivo de los poderes públicos, porque estas prestaciones expresan una "socialización" del Estado, un acercamiento de la esfera política a la esfera vital del hombre, no solo como ciudadano, sino en general como persona. En la medida en que este proceder supone una superación del Estado político abstracto y del Derecho igual como / garantía de un sistema de relaciones intersubjetivas desiguales puede afirmarse que estos derechos que comportan una obligación de hacer, constituyen una superación de los postulados del Estado liberal. Lo que no implica, como hemos visto, que

(92) Vid. Bobbio, "Dalla struttura alla funzione", Ed. di Comunità, Milán, 1977, p. 13 y s.; Peces-Barba, "La nueva Constitución Española desde la Filosofía del Derecho", / cit., p. 26 y s.

todos los derechos de genética socialista se resuelvan en un obrar positivo del Estado.

Por último, el derecho a obtener la tutela de los derechos, que nosotros hemos integrado dentro del grupo de derechos de participación, es tal vez el más importante de todos los derechos. Si tuviésemos que intentar una ordenación jerárquica de los derechos fundamentales desde el punto de vista de la Teoría General, éste sería la culminación del sistema, pues de nada valen los derechos, sean fundamentales o no, si el titular no dispone de procedimientos adecuados para su defensa. Pero, en la medida en que otorga un poder jurídico de concurrir a la creación de normas jurídicas es también un derecho de participación.

A).- Derechos de autonomía.

Existe en la doctrina, sobre todo en la francesa, una clara distinción entre las libertades públicas en sentido estricto y la categoría general de los derechos del hombre o derechos fundamentales. La terminología es muy variada; se habla de libertad negativa (93), de derechos civiles y políticos (94), de

(93) Mortati, " Istituzioni di Diritto Pubblico ", cit., Vol. II, p. 1036-1040.

(94) Madiot, "Droits de l'homme et libertés publiques ", cit., p.20

libertades públicas como noción distinta y separada de la de los derechos económicos y sociales (95), de libertades clásicas o fundamentales como parte del grupo más amplio de las libertades públicas, dentro de la cual hallarían también acogida los derechos económicos y sociales (96), etc.. Pero, en cualquier caso, lo que éstas clasificaciones ponen de relieve, es que existe un grupo de derechos que se caracterizan por consagrar un ámbito de libertad en favor del individuo, un señorío de su voluntad en el que no puede ser perturbado ni por el poder público ni por otros particulares o grupos sociales. Estas libertades se configuran como verdaderos límites al Poder del Estado y constituyen, por lo tanto, el núcleo histórico / originario de los derechos fundamentales, pues precisamente / las reflexiones sobre la tolerancia, la filosofía de los límites al poder y el humanitarismo penal serán el germen de las Declaraciones del siglo XVIII, por lo que desde una perspectiva histórica puede afirmarse que en líneas generales estos derechos son de origen liberal.

Las libertades públicas en cuanto que tienen por finalidad garantizar un ámbito de autonomía y no sujeción para el individuo, se configuran frente al poder como obligaciones negati

(95) Colliard, " Libertés publiques ", cit. , p. 22; Braud, "La notion de liberté publique...", cit., p. 85.

(96) Burdeau, " Les libertés publiques ", cit. p. 23.

vas, de no hacer. La realización de la libertad exige la abstención del Estado, aunque esta puede ser más o menos rigurosa, según los casos. Un supuesto ejemplar nos lo ofrece la libertad de industria y comercio, ya que en un régimen que garantice de forma extrema la iniciativa económica privada, la protección rigurosa de esta libertad no permitirá la actividad / pública en materia económica más que de forma excepcional, en determinados supuestos de especial gravedad, mientras que en un sistema de economía moderna, dicha libertad se transforma finalmente en simple tolerancia. Así, por ejemplo, en España, el artículo 128 de la Constitución reconoce con carácter general la iniciativa pública en la actividad económica, lo que / implica que la libertad individual no tiene aquí carácter exclusivo y excluyente, sino que en cualquier sector ha de concurrir con la actividad económica del Estado. La iniciativa / privada es así permitida y siempre que su ejercicio no se considere lesivo para el interés general, pues en tal caso la // ley podrá " reservar al sector público recurso o servicios / esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general" (art. 28,2ª). Lo que importa destacar es que, cualquiera que sea la rigurosidad con que se formule el principio de no intervención, es decir, la obligación negativa, ésta nunca llega a ser absoluta, pues como tendremos ocasión de comprobar más adelante, la reglamentación de la libertad supone siempre el control de su ejercicio; éste podrá efectuarse a priori mediante un sistema de autorización o comunicación /

previas o, en el mejor de los casos, a posteriori, mediante / un sistema represivo, pero en cualquier caso el poder público nunca es completamente ajeno al ejercicio de los derechos. Por otro lado, junto a la obligación negativa principal existen otras obligaciones secundarias (97) que pueden tener carácter positivo; el supuesto más característico, común a muchos derechos, es el servicio público de la policía. En el derecho de manifestación, por ejemplo, la obligación principal consiste en no interferir el cortejo y una obligación secundaria de carácter positivo consistirá en organizar el tráfico de vehículos (98).

Estas consideraciones ponen de relieve que la diferencia entre los derechos autonomía y los derechos de crédito no es sustancial, sino de grado; existe siempre una intervención, / pero ésta puede ser más o menos intensa, puede corresponder a uno u otro órgano del Estado, etc.. A la luz de nuestra Constitución tal vez pudiera argumentarse, y sin duda es una orientación valiosa, que los derechos de crédito constituyen ante/ todo y en primer lugar obligaciones para el legislador, ya /

(97) Vid. Braud, op. cit. , p. 113.

(98) En el derecho de asociación una obligación secundaria positiva consiste en establecer un Registro y en proceder a la inscripción.

que según el artículo 53,3 los principios reconocidos en el / Capítulo III, que son el fundamento de muchos derechos de crédito " solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen "; pero una vez que el legislador haya cumplido con este deber (99), es evidente que estos derechos no se transforman / en libertades autonomía, ya que su régimen jurídico y las condiciones de su ejercicio serán siempre diversas. Particularmente, la realización de estos derechos exige una prestación de contenido económico (art. 50) o la creación de servicios públicos de naturaleza educativa (art. 27) o asistencial // (art. 41, 43 y 49), lo que sin duda supera el concepto de / intervención admisible en el ámbito de las libertades autonomía.

A nuestro juicio, puede formularse el siguiente catálogo de derechos autonomía en nuestra Constitución : derecho de // asilo (art. 13,4) (100); derecho a la igualdad ante la ley, es

(99) Se trata evidentemente de un deber moral o político, pues es inexigible. Por otro lado, este deber no afecta al ejercicio del derecho o, si se quiere, no forma parte del contenido de la obligación, sino que se refiere únicamente a la propia existencia jurídica del derecho. No estamos ante un problema de derechos subjetivos, sino de Derecho objetivo.

(100) El derecho de asilo consiste en conceder la residencia en España a extranjeros o apátridas que se hallen en determinadas circunstancias. La petición de asilo es un derecho a obtener la tutela de derechos reconocidos en nuestro ordenamiento, pero el contenido del asilo supone la obligación negativa : no impedir la residencia en España.

decir, a la no discriminación (art. 14); derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16,1); derecho de toda persona a no declarar sobre su ideología, religión o creencias / (art. 16,2); derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17); derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18,1); inviolabilidad del domicilio (art. 18,2); secreto de las comunicaciones (art. 18,3) derecho de libre circulación y residencia (art. 19); libertad de expresión (art. 20,1,a); derecho a la producción y / creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20, 1, b); libertad de cátedra (art. 20,1, c); derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión; derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 20,1, d); derecho de reunión (art. 21); derecho de asociación (art. 22); derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (101) a utilizar los medios de prueba / pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (art. 24,2); derecho a no ser condenado o sancionado por acciones

(101)Aquí la obligación negativa consiste en no someter a la / persona a un juez distinto del que le corresponde según la ley. Si se garantizase el derecho del reo al juez, en general, cabría sostener desde una perspectiva formalista que estamos ante un derecho a obtener la tutela de derechos. Vid. Hegel, " Filosofía del Derecho ", trad. de A. Mensoza, Ed. Claridad, 5^a, ed. Buenos Aires, 1968, par. 101, p. / 109 y s.

u omisiones que en el momento de producirse no constituyan de lito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25,1); derecho a no ser sometido a trabajos forzados (art. 25,2); derecho a no ser sancionado por la Administración civil con penas de privación de libertad (art. 25,3); libertad de enseñanza y libertad de / creación de centros docentes (art. 27, 1 y 6); derecho de / sindicación (art. 28,1); derecho de huelga (art. 28,2); / derecho a la objeción de conciencia (art. 30,2)(102);derecho a contraer matrimonio (art. 32); derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33); derecho de fundación (art. 34) ; derecho a la libre elección de profesión u oficio / / (art. 35,1); derecho de los trabajadores y empresarios a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37,2); libertad de empresa (art. 38).

B).- Derechos de participación.

La libertad entendida como participación se articula jurídicamente en el grupo de los derechos llamados políticos. /

(102) Tanto el derecho a la objeción de conciencia como el secreto profesional representan la exención del cumplimiento de una obligación, y, por lo tanto, su ejercicio implica la creación de una norma individual que se impone sobre la ley general. Se trata, sin embargo, de derechos autónomos y no de derechos subjetivos en sentido técnico, / ya que una vez reconocida la objeción, ésta supone la existencia de una obligación negativa para el poder, como es la de no violentar la conciencia.

La característica que hace de éstos un grupo autónomo dentro de la categoría general de los derechos fundamentales es precisamente la de constituir derechos de participación dentro / de la organización estatal. Esta afirmación exige, no obstante algunas precisiones. En primer lugar, y desde una perspectiva kelseniana, definir los derechos políticos como derechos de participación en la formación de la voluntad estatal no parece suficiente, ya que este concepto es compartido por el derecho subjetivo en sentido estricto, pues éste supone también participar en la creación del orden jurídico en la medida en / que en la autonomía privada " no existe otra cosa que una delegación de la ley a las partes contratantes para determinar por sí mismas el contenido de las normas jurídicas individuales "(103); con arreglo a este criterio todo derecho subjetivo es un derecho político (104) o, mejor dicho, para evitar confusiones, es un derecho de participación. Es cierto que esta afirmación nos obliga a matizar el concepto de participación generalmente aceptado en la descripción de los derechos políticos, en el sentido de restar importancia al carácter general o individual de las normas creadas o a cuya creación se /

(103)Vid. Kelsen, " Teoría General del Estado ", trad. de L. / Legaz, 15 ed. Editora Nacional, México, 1979, p. 201.

(104)" Teoría General del Estado ", cit., p. 200, vid. También " Théorie pure du Droit " cit. p. 186, y s.

concorre y también de la existencia o no de una obligación pre
via cuya inejecución se quiera hacer valer, pero como vimos /
anteriormente, estos elementos no se pueden adscribir exclusiu
vamente ni a la categoría de los derechos políticos ni al grup
po de los derechos subjetivos en sentido técnico y, en conseu
cuencia, no resultan útiles como criterios de distinción. Tamp
poco parece excesivamente útil atender al carácter " público"
de los derechos políticos, afirmando que en ellos la intervenu
ción en la creación del orden jurídico no tiene carácter deleu
gado, como sucede en el terreno de la autonomía privada, sino
innovador.

Esta caracterización no deja de tener un carácter meramenu
te orientativo, pues ya hemos señalado la amplitud con que conu
cebimos el grupo de los derechos de participación. Su ejercicio
puede encaminarse a la creación de normas jurídicas, generales
o individuales; puede existir una obligación cuyo cumplimienu
to trata de satisfacerse o puede ser de carácter innovador, /
pretendiendo la formación de normas jurídicas que reúnan nueu
vas obligaciones. Es más, la participación no tiene por qué /
expresarse en una actividad creadora de Derecho, ni tampoco /
es condición esencial que se manifieste en relaciones públiu
cas con los órganos del Estado; por el contrario, la indudau
ble " publicación " de ciertas relaciones, como las laborau
les, exige la extensión a las mismas de los derechos de parti

cipación, lo que deriva del reconocimiento de que los " inte reses políticos " del individuo no se circunscriben a las / cuestiones propias de la organización estatal, sino que se re fieren también a los conflictos de la sociedad civil, o, lo / que es lo mismo, de la constatación de que los intereses rea- les del hombre son también políticos.

La segunda precisión que es necesario formular es que esta naturaleza participativa no constituye una singularidad que / afecte exclusivamente a un grupo determinado de derechos fun- damentales, es decir, que el ordenamiento jurídico reconoce / numerosas facultades "interventoras" que no son derechos funda- mentales; piénsese, por ejemplo, en los derechos civiles a for mar parte del Consejo de Familia, obtener la tutela, testifi- car en juicio, etc... Por otro lado, el grupo de los derechos de participación se integran, es cierto, dentro de los dere-- chos fundamentales, pues así lo establece el texto constitu-- cional, pero si atendemos al modo de su ejercicio parecen ase- mejarse al grupo de los derechos cívicos, en expresión de la doctrina francesa. En este sentido, y recordando la polémica // surgida en Francia acerca de las diferencias y analogías entre los derechos cívicos y los políticos(105), creemos que existe /

(105)Vid. Braud, " La notion de liberté publique ... ", cit., p. 134.

una clara distinción, no ya porque la finalidad de estos últimos parezca suficiente para justificar su autonomía, sino sobre todo porque, desde un punto de vista jurídico-positivo, nuestra Constitución ha "fundamentalizado" únicamente algunos derechos de participación política, y no la categoría genérica de los derechos cívicos(106).

La definición de los derechos de participación ofrece una última dificultad, tal vez derivada de la relativa importancia que dentro de este grupo ostentan los derechos políticos y de un cierto confusionismo en la utilización de los diversos criterios de clasificación. El problema consiste en entender el calificativo de político en un sentido finalista, incluyendo en esta categoría los derechos que normalmente o de manera preferente buscan una finalidad política. Esta sería, / por ejemplo, la tesis del profesor Pérez Serrano, que considera el derecho de reunión, asociación y expresión como libertades políticas, pues "el verdadero centro de gravedad de tales

(106) Por otra parte, en el Derecho español no parece que pudieran suscitarse las dudas que trata de resolver la doctrina y la jurisprudencia francesas, ya que propiamente no existe en nuestro ordenamiento una categoría análoga a la de los derechos cívicos. Así, el Código Penal español distingue claramente entre la pena de inhabilitación, que priva de los derechos políticos, y la interdicción civil, que / afecta a los derechos civiles y familiares, mientras que el artículo 34 de la ley penal francesa recoge dentro de la / "degradación cívica" la privación de las dos clases de / derechos.

derechos cae en el terreno de lo político (107) . / En realidad, y al margen de que este punto de vista no parece muy riguroso, ya que supone prejuzgar cual va a ser la finalidad del ejercicio de estos derechos puramente formales, creemos que la clasificación propuesta parte de un criterio finalista, válido como cualquier otro, pero que no es comparable al utilizado en este epígrafe. Cuando hablamos aquí de derechos políticos nos referimos solo a los derechos de participación política (108).

por otra parte, parece que la Constitución de 1978 ha venido a resolver el problema en un sentido restrictivo : el único derecho político que se reconoce es el consagrado en el artículo 23. Los derechos políticos suponen participación en los asuntos públicos y, por lo tanto, se reconocen exclusiva-

(107) Pérez Serrano, N., " Tratado de Derecho Político ", cit. p. 653.

(108) No obstante, parece que también el profesor Pérez Serrano adopta este criterio cuando afirma que las libertades políticas " implican cierta participación en el manejo de la cosa pública ... ". Desde esta perspectiva, la integración del derecho de asociación, reunión y libre expresión en la categoría de las libertades políticas nos parece más rechazable. Dicha inclusión creemos que solo sería posible desde una perspectiva finalista, pero no adoptando como criterio de clasificación el modo de ejercicio de los derechos.

mente a los ciudadanos, como indica el propio artículo 23. En consecuencia, teniendo en cuenta que " solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo / 23 " (art. 13) nos parece evidente que solo la facultad tutelada en dicho precepto tiene naturaleza constitucional de / derecho político. Los derechos de asociación, reunión y expresión deben incluirse, por lo tanto, dentro de la categoría de las libertades autonomía.

Según el artículo 23,1 " Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal ". Se trata, pues, de un reconocimiento genérico del derecho de participación política que la propia Constitución se encarga de especificar en varios preceptos, aunque de manera algo confusa. ¿ Cuáles son los derechos que se derivan de la facultad general del artículo 23,1? Como el lógico, el texto constitucional no responde expresamente a esta pregunta, pero, en vista de los dos elementos // esenciales que caracterizan al derecho político, es decir, / participación en asuntos públicos y la cualidad de ciudadano de su titular, creemos que pueden señalarse, entre otros, los siguientes : en primer lugar, el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, que reconoce el propio artículo 23, en su número segundo; el derecho de sufragio, tanto en elec--

ciones generales o locales, como en referendum; el derecho de petición del artículo 29; derecho de iniciativa popular (art. 87,3); derecho a participar en la defensa de España (art. / 30,1); las facultades reconocidas en el artículo 105 en relación con el procedimiento administrativo, etc...

Como puede verse, la sistemática constitucional presenta la dificultad de que determinadas especificaciones del precepto contenido en el artículo 23 no tienen el carácter de derecho fundamental y cabe preguntarse si, por ejemplo, el derecho a formar parte de un jurado(109) participa de la naturaleza fundamental que se reconoce al artículo 23 y, por lo tanto, goza de la vigorosa tutela que es propia de los derechos del Título I y, más concretamente, de la Sección 1ª del Capítulo II. Aunque en principio tal solución pudiera parecer satisfacto--ria, estimamos que un mínimo respeto al texto constitucional, siempre obligado en el plano de la Dogmática jurídica, debe / inclinarnos por una solución negativa. Varios son los argumenentos : ante todo, que el legislador ha podido incluir los de--rechos o facultades reconocidos en el artículo 105 o en el /

(109) Naturalmente, nos referimos a este derecho suponiendo que una futura ley desarrolle el precepto contenido en el artículo 125 de la Constitución, atribuyendo a todos los / ciudadanos que reúnan ciertas condiciones de edad, capaci--dad, etc. Un derecho de formar parte en los jurados.

125 dentro del Título I, y, sin embargo, no lo ha hecho. En segundo lugar, que, aunque desde un punto de vista teórico o / doctrinal, las facultades reconocidas en estos preceptos de--ban incluirse como especie del derecho general de participa--ción política, cuyo fundamento nos lo ofrece el artículo 23, lo cierto es que en el terreno constitucional, este último // artículo lo que consagra como derecho fundamental es solo / " el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representante ... ", y sería una interpretación muy extensiva considerar incluídas aquí todas las mani--festaciones del referido derecho, sobre todo cuando han sido llevadas expresamente a otros lugares del texto constitucio--nal. Por último, considerar que los derechos políticos no in--cluídos en el Título I deben gozar de los " privilegios " que acompañan al artículo 23 por formar parte de la Sección 1^a / del Capítulo II supondría otorgar un trato discriminatorio a otras especificaciones del artículo 23 que indudablemente no pueden gozar de esas garantías; así el derecho de defender a España, que se encuentra en la Sección 2^a , o el derecho al / sufragio directo y secreto, que a nuestro juicio no es un de--recho fundamental(110) .

(110) Pudiera afirmarse que el artículo 23 incluye implícitamente el derecho a formar parte de un jurado cuando habla de la participación directa, pero sin duda no puede pensarse que cuando reconoce el "sufragio universal " quiere refe--rirse también al sufragio libre, igual, directo y secreto pues si esa hubiese sido la voluntad del legislador, pudo haberla manifestado, como hizo en los artículos 68,69 y / 104. No obstante, pensamos que el sufragio libre e igual, sí goza de naturaleza fundamental; el primero porque así lo establece el propio art.23 ("representantes libremente elegidos") y el segundo porque es una consecuencia del art. 14.

Hechas estas consideraciones, creemos que pueden señalarse los siguientes derechos fundamentales de participación : el derecho a la nacionalidad (art. 11)(111) , el derecho de / los grupos sociales y políticos significativos al acceso a / los medios de comunicación social dependientes del Estado o / de cualquier ente público (artículo 20,3); derecho de los / ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes (artículo 23,1); derecho de / los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23,2); derecho de toda / persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos / (artículo 24,1); derecho de los profesores, padres y alumnos a intervenir en el control y gestión de los centros sostenido

(111) La nacionalidad es un vínculo que une a la persona con el Estado; constituye el fundamento subjetivo de la atribución por el orden jurídico de numerosos derechos, tanto / de autonomía como de crédito, pero no es en sí misma un / derecho. Existe, en cambio, el derecho a la nacionalidad que, es , a nuestro juicio, un derecho de participación, ya que supone el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Se trata de un derecho que confiere el / poder de exigir de los órganos competentes la creación de una norma jurídica individual y no tiene por objeto hacer valer la inejecución de una obligación no satisfecha. / Ciertamente, el Estado viene obligado a reconocer la nacionalidad a los hijos de padres españoles, pero esta obligación consiste precisamente en dictar una norma individual, por lo que el derecho consiste en concurrir a su / creación. Obtenida la nacionalidad, el derecho consiste / en no ser privado de ella, es decir, en que no se dicte / una norma contraria. En definitiva, existe el derecho a la nacionalidad y el derecho a no ser privado de ella, pero la nacionalidad en sí misma no es un poder jurídico, sino el fundamento de su atribución.

por la Administración con fondos públicos (artículo 27,7);
derecho de petición individual y colectiva (artículo 29);//
derecho de defender a España (artículo 30,1); derecho a la
negociación colectiva (artículo 37); derecho de las organi-
zaciones de consumidores y usuarios a ser oídas en las cues-
tiones que les puedan afectar (artículo 51,2).

Junto a estos derechos que tienen la naturaleza de funda-
mentales, la Constitución reconoce otros derechos de partici-
pación que, en líneas generales, constituyen una especifica-
ción de la cláusula contenida en el artículo 23, pero que, al
no hallarse incluidos en el Título I, no pueden calificarse /
de fundamentales. Como más importantes, podemos señalar los /
siguientes : derecho al sufragio directo y secreto (artículos
68,69 y 140); derecho a la iniciativa popular (artículo 87,
3); derecho de los ciudadanos a ser oídos en los procedimien-
tos administrativos, así como al acceso a los archivos y re-
gistros administrativos (artículo 105); derecho de los ciu-
dadanos a la acción popular y a participar en la Administra-
ción de Justicia mediante la institución del Jurado (artícu-
lo 125); derecho de los interesados a participar en la Segu-
ridad Social, así como en los organismos cuya función afecte
directamente a la calidad de la vida o al bienestar general /
(artículo 129,1); derecho a la participación en las empre-
sas, en los términos establecidos en el artículo 129,2.

C).- Derechos de crédito.

Derechos de crédito es una expresión habitualmente utilizada para referirse a una categoría especial de derechos fundamentales que se diferencian de las libertades públicas o de de rechos autonomía por su modo de ejercicio y generalmente también por su finalidad o contenido. Conviene indicar, sin embargo, que entre los teóricos de los derechos fundamentales que acogen esta terminología (112), los derechos de crédito se entienden en un sentido muy restrictivo, como " el poder de / exigir prestaciones positivas " (113), es decir, como aquellos derechos cuyo titular " puede exigir del Estado, de otros /// grupos sociales o de otros particulares comportamientos positivos, conductas u obligaciones de hacer " (114). Fácilmente se comprende que en la teoría de las libertades públicas los derechos de crédito no se oponen a los derechos reales, pues si se utilizase esta acepción clásica es evidente que también las libertades - autonomía se resuelven en un crédito de su titular frente al poder y frente a los demás individuos; si en es tos supuestos, el crédito se corresponde con una obligación /

(112) Peces-Barba, " Derechos fundamentales ", cit., p. 102; / Burdeau, " les libertés publiques ", cit. , p. 21; Braud " La notion de liberté publique... "cit., p. 142.

(113) Braud, " La notion de liberté publique.. "cit., p. 143

(114) Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", cit., p. 103.

de contenido negativo, en los derechos de crédito a los que /
ahora nos referimos, la obligación presenta un contenido positi
tivo, se satisface mediante un "hacer" o un "dar". Por ello, /
tal vez fuese más riguroso denominar esta categoría "derechos
que generan una obligación de contenido positivo " y, si no /
acogemos esta rúbrica se debe simplemente a su falta de arrai
go en la doctrina de las libertades públicas y a que, por //
otro lado, una vez hechas estas aclaraciones, no vemos nin--
gún obstáculo en conservar la expresión " derechos de crédi--
to ". También podríamos haber encabezado esta sección con el
título " libertades integración ", junto a las tradicionales
de autonomía y participación; lo que sucede es que esta termin
ología, además de que también carece de arraigo en la teoría
de los derechos fundamentales, puede dar origen a confusiones,
ya que no nos referimos propiamente a libertades, sino a derech
os que satisfacen un concepto de libertad, entendido como /
integración de la persona en la sociedad civil y mediante los
cuales se da entrada en el campo de las relaciones jurídico-
públicas a una clase de titulares que no son ya los ciudada--
nos, sino los hombres reales, las personas en su situación concre
ta. Si se puede hablar de integración es precisamente porque
estos derechos no parten de la disociación entre la sociedad /
política y la sociedad civil, ni consagran en la instancia pol
ítica un supuesto atomismo social, sino que, por el contrario,
toman en consideración relaciones sociales en las que el hom-
bre aparece en su dimensión real y no solamente política. Pe-
ro, como puede observarse, esta terminología alude a un criteri

rio finalista que no se ajusta al principio clasificatorio // ahora examinado. Por el contenido de la obligación, los derechos pueden ser de autonomía y de crédito, al margen de que / esta división venga a coincidir en líneas generales con otras distinciones.

En cualquier caso, la ausencia de una terminología precisa y generalmente aceptada parece poner de relieve la incertidumbre y ambigüedad que reina en la materia. En la moderna teoría de los derechos fundamentales escasas conclusiones pueden presentarse como seguras en relación con los derechos de crédito; únicamente puede constatarse que en los textos positivos posteriores a la Constitución de México y de Weimar se reconocen una serie de derechos que no se ajustan a la estructura jurídica de las libertades públicas clásicas, de los cuales se ha hecho eco la doctrina con más o menos fortuna, pero sin haber logrado todavía una caracterización rigurosa de los mismos. En el fondo el problema que se plantea no es el de definir la forma de ejercicio de estos derechos de crédito o el contenido de la obligación correspondiente, pues sus características no parecen ofrecer especial problema en la Teoría General del Derecho : son simples derechos que generan una obligación positiva, de dar o de hacer.

A nuestro juicio, las dificultades se plantean principalmente por la generalizada confusión e identificación de los /

derechos de crédito y de los derechos económicos, sociales y culturales, categoría esta última de la que hemos procurado prescindir en todos nuestros ensayos de clasificación, pues / nos parece perturbadora. Sí, como parece más correcto, se utiliza en el marco de una clasificación que haya adoptado como criterio diferenciador el contenido o la finalidad de los derechos, el resultado es muy poco significativo, pues exigiría incluir en el mismo grupo derechos tan diversos, e incluso / casi contradictorios, como el de propiedad, el derecho al trabajo, al reposo, a la negociación colectiva, etc... ; es más, si entendiésemos el concepto de social en un sentido amplio y, no como se hace normalmente en su acepción restrictiva de "laboral", nos veríamos obligados también a recoger en este apartado la libertad de reunión o de asociación.

pero si la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales(115) no parece recomendable o, al menos, resulta de dudosa utilidad cuando la clasificación se enfoca desde la perspectiva material que acabamos de señalar, sus consecuencias

(115) Conviene señalar que algunos autores, sobre todo franceses, les denominan sencillamente "derechos sociales", vid. Colliard, " libertés publiques ", cit., p. 633 y s.; Burdeau, " Les libertés publiques ", cit. p. 370, mientras / que otros hablan indistintamente de derechos sociales y de derechos económicos y sociales, cid. Braud, " la notion de liberté publique ... ", cit., p. 138.

negativas se multiplican si se pretende agrupar los derechos según el modo de ejercicio o el contenido de la obligación. Y, sin embargo, en la teoría de las libertades públicas casi es un lugar común que los derechos sociales son, de una parte, / " ciertas libertades de contenido económico, y, de otra, prestaciones positivas del Estado(116), derechos que " no pueden / realizarse más que gracias a una acción constante y enérgica del Estado " (117). Entre nosotros, puede hallarse esta tesis / en Peces- Barba.(118).

Los derechos sociales, que hallaron su desarrollo doctrinal en la escuela llamada precisamente de Derecho social(119), constituyen una categoría ambigua y de límites imprecisos. En principio, todo derecho es social, pues una característica del orden jurídico es la alteridad, la relación intersubjetiva; / bien es cierto que esta objeción puede eludirse, como hizo el mismo Gurvitch(120) diciendo que la sociabilidad reconoce diferentes grados : sociabilidad por limitación recíproca que ha-

(116)Colliard, "Libertés publiques ", cit. p. 636.

(117)Burdeau, " Les libertés publiques ", cit. p. 370, vid. / también Hauriou, A., " Derecho Constitucional e instituciones políticas ", cit., p. 211.

(118)Peces - Barba, " Derechos fundamentales ", cit., p. 102.

(119)Vid. Gurvitch, " L'idée du Droit Social ", Sirey, París, 1931 y " la déclaration des droits sociaux, Vrin, París , 2^a ed. 1946.

(120)Gurvitch, "L'idée du Droit Social ", cit., p. 155.

llaría su traducción jurídica en las libertades autonomía , y socialibilidad por comunión o fusión parcial que justificaría en el plano del Derecho el calificativo de social. Naturalmente, el problema consistirá en dilucidar en cada caso / concreto cual es el grado de sociabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que numerosas relaciones no se ajustan con precisión a los tipos ideales propuestas por Gurvitch.

Sin embargo, en la teoría de las libertades públicas, los obstáculos surgen no tanto por la falta de acuerdo acerca de cuáles sean los derechos sociales, pues al fin y al cabo éste es un problema previo que solo podría ser resuelto mediante la delimitación precisa del calificativo "social", cuanto por la vinculación de un grupo de derechos que se definen en función de su contenido o de su titular con un especial modo de ejercicio. En efecto, , dando a la expresión un sentido más restrictivo, podemos entender que " los derechos sociales son los derechos de los trabajadores en tanto que tales, los derechos de clase y más precisamente de la clase obrera "(121), pero // siempre que formulemos las siguientes matizaciones, a saber : que no todos los derechos sociales son derechos de crédito, / es decir, que algunos de ellos no se realizan mediante la intervención positiva del poder público o mediante prestaciones

(121) Burdeau, " Les libertés publiques ", cit. p. 370.

debidas por otros particulares (por ejemplo, los empresarios); que, en principio, no podemos circunscribir los derechos de / crédito a los derechos sociales, aunque generalmente así sucede ; y, por último, que la consecución de una " democracia social " no se agota ni en el catálogo de los derechos de crédito, ni en el de los derechos sociales(122), sino que requiere un nuevo planteamiento de la forma de organización política y social que difícilmente puede expresarse solo mediante derechos subjetivos; piénsese, a título de ejemplo, en la planificación de la economía (artículo 131), en el acceso de los / trabajadores a la propiedad de los medios de producción (artículo 129), en la política de gasto público, etc...

En cuanto a la primera afirmación, que no todos los derechos sociales son derechos de crédito o, lo que es lo mismo, que algunos derechos sociales son asimilables a la categoría de las libertades autonomía, creemos que no ofrece excesiva / dificultad. La libertad sindical, la libertad de trabajo, el reconocimiento de facultades de fiscalización en las empresas, el derecho de huelga, etc..., son derechos sociales desde un punto de vista material, al menos si adoptamos la tesis pro--

(122) Dice Burdeau, op. cit., p. 370, que " el derecho social está así nítidamente unido a la idea de democracia social "; sin duda ello es cierto pero es preciso aclarar que ésta / no se satisface únicamente a través de la protección de / ciertos derechos.

puesta por Burdeau, y , sin embargo, generan obligaciones de contenido negativo o se configuran como derechos de participación. Naturalmente, si en lugar de utilizar el criterio señalado en la delimitación material de los derechos sociales, / eligiésemos el propuesto por Colliard (123), que incluye en este grupo el derecho de propiedad y la libertad de industria y comercio, parece claro que su identificación con las libertades autonomía resultaría aún más patente.

La segunda afirmación, que no todos los derechos de crédito son derechos sociales, exige en cambio mayores precisiones, pues solo podrá mantenerse en la medida en que reduzcamos considerablemente el ámbito de lo social. Si por derechos sociales entendemos solo los derechos del trabajador en cuanto que trabajador, como hemos visto que propone Burdeau, es evidente que el derecho de crédito no se circunscribe a la categoría de los derechos sociales, pues las prestaciones positivas del Estado y de los grupos o particulares obligados benefician a un conjunto de individuos que, sin forzar los términos, no pueden calificarse de trabajadores : los niños tienen derecho a la / protección de los padres, a la educación, etc., los ancianos los minusválidos, tienen derecho a gozar de las prestaciones

(123) Este autor, después de reconocer una doble acepción en el concepto de derechos sociales, circunscribe su análisis / al estudio de las libertades económicas. Vid. " Libertés publiques ", cit., p. 633 y s.

especiales del Estado, etc... Es más, hoy parece tenderse a la universalización de los derechos sociales, pues, por ejemplo, si derecho a la educación nació con el propósito de extender a los hijos de los trabajadores una prestación de la que ya / gozaban los hijos de los empresarios, en la actualidad el derecho a la educación gratuita en los niveles básicos se formula de manera genérica, aunque lógicamente beneficie preferentemente a quienes carecen de recursos económicos.

Por el contrario, si aceptamos que el ámbito de lo social es mucho más amplio, incluyendo no solo los derechos de los / trabajadores, alguno de los cuales adoptan la forma de libertades autonomía, sino en general todos aquellos derechos que promueven las condiciones para que la libertad y la igualdad de los grupos sean reales y efectivas; es decir, si aceptamos que los derechos que satisfacen el valor igualdad, entendida aquí como la igualdad sustancial del artículo 9,2 forman parte del grupo más amplio de los derechos sociales(124), en tal caso creemos que la categoría de los derechos de crédito viene a identificarse con los derechos de igualdad y, por lo tanto, constituirá un subgrupo dentro de los derechos sociales. Los derechos de crédito aparecen así vinculados al concepto /

(124)El grupo de los derechos sociales sería más amplio que el de los derechos de igualdad, pues integraría también algunos derechos autonomía, que son, por ejemplo, derechos de los trabajadores.

de igualdad sustancial recogido en el artículo 9,2 y tal vez de esta forma sea posible superar la ambigüedad y las contradicciones que, como hemos visto, surgen del intento de relacionar cuando no de identificar los derechos sociales, no--ción por otra parte mal definida, con la categoría de los derechos de crédito.

Los derechos de crédito presentan notables diferencias con las libertades autonomía y con los derechos de participación / no solo porque el contenido de la obligación correspondiente / sea de distinta naturaleza, sino también por la forma y grado de protección. Las dificultades de técnica jurídica que se oponen a la articulación eficaz de un sistema de garantías vienen así a unirse a los no menores obstáculos de organización política que dificultan la consideración de los derechos de crédito frente al Estado como verdaderos derechos exigibles. ¿ Qué procedimiento cabe arbitrar para conseguir que los poderes públicos satisfagan su obligación ?. Tal vez el convencimiento, que / juzgamos apresurado, de que es imposible obligar al Estado a / realizar un comportamiento positivo ha hecho pensar a un sector importante de la doctrina que los derechos de crédito "no son normas jurídicas, pues no cumplen una condición indispensable : su actitud para la eficacia " (125).

Con mayor prudencia, Burdeau afirma que los derechos sociales, que él identifica en este caso con los derechos de crédito, tienen un valor programático (126); son disposiciones / que, no obstante su carácter de reglas de Derecho, se hallan / desprovistas de la fuerza obligatoria propia del Derecho positivo, no constatan un derecho inmediatamente aplicable, sino que trazan el cuadro de la actividad legislativa (127). Por su parte, Colliard dirá acerca del derecho al trabajo, al que curiosamente califica con resonancias iusnaturalistas de "inherente a la persona humana", que "no constituye una verdadera libertad pública, en la medida en que no se acompaña en realidad de ninguna acción ante la Justicia que pueda asegurar su garantías". (128).

Reconociendo las dificultades que presenta la protección de estos derechos, creemos, no obstante, que es totalmente inaceptable negar el carácter jurídico a los preceptos que incorporan derechos de crédito, al menos por lo que se refiere a los precep

(125) Braud, "la notion de liberté publique..", cit., p.152. Esta misma tesis es defendida en relación con los derechos de crédito reconocidos en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 por Vedel, "Manuel élémentaire du Droit constitutionnel", Sirey, París, 1948, p. 326-327.

(126) Burdeau, "Les libertés publiques", cit., p. 373

(127) Burdeau, "Les libertés publiques", cit., p. 21

(128) Colliard, "Libertés Publiques", cit., p. 641.

tos incluidos en nuestra Constitución : se trata sin lugar a dudas de normas jurídicas obligatorias. En este aspecto, no puede confundirse la naturaleza del precepto con los procedimientos / de tutela del derecho fundamental en él reconocido. Aún en el / supuesto de que el ordenamiento jurídico no haya arbitrado ningún medio para hacer valer el derecho, es evidente que el precepto constitucional tiene valor jurídico y la actuación de los poderes públicos, la práctica judicial, la legislación positiva y el comportamiento de los ciudadanos deberán respetar su contenido (art. 9,1 y 53,3); e indudablemente estas funciones del / precepto sí gozan de sanción jurídica, ya que serán susceptibles de anulación los actos y normas que vulneren su contenido. De / esta forma, lo que se configura como una obligación positiva, y sin perjuicio de que ésta goce de alguna forma de tutela, se resuelve siempre en una obligación negativa, cuya satisfacción se halla en todo caso protegida mediante los procedimientos impugnatorios habituales. Los poderes públicos no pueden realizar actuaciones que sean contrarias a los mandatos contenidos en los / preceptos constitucionales que reconocen derechos de crédito , y no pueden hacerlo precisamente porque esos preceptos son normas jurídicas.

Por otra parte, es necesario distinguir entre aquellos derechos que imponen una obligación positiva al Estado de aquellos otros en los que el titular de la obligación correspondiente es un particular. En este segundo caso, los sistemas de protección

del derecho son más eficaces, pues en el ámbito del Derecho privado las obligaciones de dar o hacer, que posiblemente son la mayoría, gozan de procedimientos adecuados para obtener su cumplimiento : el niño puede obtener tutela judicial para hacer efectivo su derecho a la protección de los padres, el trabajador dispone de medios para lograr el cumplimiento de las // obligaciones del empresario o, en su caso, para que se sustituyan por una indemnización, etc...

Cuando el titular de la obligación es una persona pública es preciso reconocer que los sistemas de tutela se hallan menos desarrollados y que existe una menor experiencia jurídica, pero ello no quiere decir en modo alguno que no existan, ni que sean jurídicamente inviables, como afirma Braud (129). La mejor prueba de ello es que el ordenamiento jurídico vigente otorga / una eficaz protección en favor de determinados derechos de crédito. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a la asistencia / letrada gratuita, que es una condición indispensable para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, y que ponde de / relieve que los derechos de crédito y los derechos de igualdad ni deben siempre vincularse históricamente a las reivindicaciones del movimiento socialista, aunque desde un punto de vista / ideológico este derecho responda a uno de sus postulados bási--

(129) Braud, " La notion de liberté publique ... ", cit., p.168

cos, como es el de la igualdad sustancial, ni tampoco de forma necesaria han de encontrar en el camino de su plena eficacia el obstáculo " técnico " de la inexistencia de adecuados procedimientos de tutela.

En realidad, la sanción jurídica de los derechos de crédito no es uniforme y se halla diferentemente desarrollada, según el tipo de derecho de que se trate y según las previsiones del ordenamiento jurídico. De acuerdo con nuestra Constitución, algunos derechos de crédito no solo gozan de la tutela ordinaria que corresponde a todos los derechos subjetivos, sino que además se les atribuye la protección privilegiada del artículo 53,2, es decir, el recurso de amparo judicial y constitucional; así sucede con el derecho a la educación que, en sus niveles básicos tiene carácter de obligatoria y gratuita; con el derecho a la asistencia letrada / (artículos 17,3 y 24) y con el derecho de los condenados a penas privativas de libertad " a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad " (artículo 25,2). Este es el caso también de las " obligaciones secundarias " con rango de derechos fundamentales. Como señalábamos al comienzo de este apartado, incluso en las libertades autonomía existe una cierta intervención del poder público, que organiza y protege el ejercicio de los derechos, y que se pone de relieve, por ejemplo, en el

servicio de la policía; la obligación principal que comporta la libertad de reunión o la de manifestación tiene carácter negativo, de no intervención, pero la obligación secundaria es en cambio positiva y consiste en organizar el tráfico de vehículos, proteger la comitiva, etc..., Pues bien, algunas obligaciones tienen o pueden tener el carácter de derechos / fundamentales, exigibles también mediante procedimientos --- idóneos, como sucede con el derecho de las asociaciones a que la Administración organice un Registro y proceda a la inscripción de las mismas (130).

En otros supuestos, sin gozar de esta vigorosa protección propia de los derechos anunciados en la Sección 1ª del Capítulo II, se pone de relieve, sin embargo, la existencia

(130) El derecho a la jurisdicción no es un derecho de crédito, sino de participación, ya que su ejercicio no se dirige a obtener el cumplimiento de la obligación del juez y en definitiva del Estado (impartir Justicia), sino a concurrir en la formación de normas jurídicas / individuales, intentando generalmente el cumplimiento de una obligación insatisfecha. Pero las obligaciones a cargo del Estado que genera el derecho a la jurisdicción son obligaciones secundarias protegidas como las principales del Título I (Sección 1ª del Capítulo II), en cuanto que su incumplimiento frustraría totalmente el derecho a la jurisdicción.

de un inicio de tutela que si no es por completo satisfactoria, constituye un principio de protección susceptible de desarrollo y mejora. Este es el caso del derecho al trabajo, / que supone una obligación positiva para el Estado cuyo incumplimiento genera algo semejante a una indemnización : el derecho al subsidio de desempleo. Es cierto que se trata de un derecho desconstitucionalizado, pues se halla incluido en el Capítulo III, pero ello no quiere decir que no estemos ante un derecho fundamental, pues su origen es el Título I de la Constitución.

Por último, los derechos de crédito peor protegidos / son aquellos que únicamente representan una obligación de no realizar actuaciones que frustren las expectativas constitucionales, es decir, que sean contrarias a los preceptos jurídicos en los que se recogen estos derechos, que " solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen ".

Sin embargo, estimamos que los obstáculos que se oponen a la plena efectividad de los derechos de crédito son más bien de carácter metajurídico, derivados de una escasa voluntad política o de la insuficiencia de medios económicos. Desde un punto de vista jurídico, no se presentan excesivos pro

blemas técnicos a la hora de imponer al poder público la satisfacción de sus obligaciones positivas; si se cuenta con / una organización administrativa prestadora de servicios, la " técnica jurídica " no debe impedir al ciudadano obtener / la tutela de su derecho, sometiendo a la Administración de / la misma forma que se somete a un particular, es decir, haciendo efectiva la obligación en sus justos términos o sustituyéndola, cuando así proceda, por una indemnización adecuada. Y tampoco es un problema la frecuente imprecisión del / texto constitucional en esta materia ; " Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho " es sin duda una fórmula imprecisa de difícil garantía jurisdiccional, pero no lo serán las leyes que desarrollen y articulen este derecho. Ciertamente, lo // que no existe es un procedimiento jurídico para obligar al / poder a dictar una ley que organice un servicio público; para ello solo existen procedimientos políticos, singularmente el sufragio, que se configura como un derecho fundamental de participación.

A nuestro juicio, los derechos fundamentales de crédito son los siguientes : derecho a la asistencia letrada (artículos 17,3 y 24,2); derecho del condenado a pena de prisión a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad (artículo 25,2);

derecho a la educación (artículo 27,1); derecho al trabajo y a una remuneración suficiente (artículo 35,1); derecho / de la familia a la protección social, económica y jurídica / de los poderes públicos (artículo 39,1), derecho de los ni ños a la protección de sus padres y de los poderes públicos (artículos 39,2,3 y 4): derecho a la formación y readapta- ción profesionales, a la seguridad e higiene en el trabajo, al descanso necesario y a vacaciones periódicas retribuidas (artículo 40,2); derecho a la Seguridad Social (artículo 41); derechos económicos y sociales de los trabajadores es- pañoles en el extranjero, a cuya salvaguardia viene el Esta- do especialmente obligado (artículo 42); derecho a la pro- tección de la salud (artículo 43,1); derecho a la cultura (artículo 44); derecho a disfrutar de un medio ambiente / adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45); derecho a la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (artículo 46); derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47);derecho de los jóvenes a la partici- pación (artículo 48) (131); derecho de los disminuídos fí- sicos, sensoriales y psíquicos a la protección adecuada (ar- tículo 49); derecho de los ancianos a la protección del Es-

(131) Este es un derecho que en su forma de ejercicio es de / participación, pero que, al hallarse específicamente / reconocido, comporta una obligación positiva : "promo- verán ".

-817-

tado (artículo 50); derecho de los consumidores y usuarios a la defensa de la seguridad , la salud y de sus legítimos / intereses (artículo 51).

III .- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO SISTEMA JERARQUICO

¿ Es posible una jerarquización de los derechos fundamentales ?, ¿ Cabe establecer un catálogo de derechos primarios o esenciales, a los que debe reconocerse una preferencia, y que serían al mismo tiempo causa u origen de los demás ?. Aunque la pregunta no suele aparecer formulada expresamente en las exposiciones doctrinales, ni las Constituciones ofrecen un criterio de ordenación jerárquica, de hecho / tanto en los textos científicos como en los legales parece / existir, a veces de forma explícita, una cierta idea de jerarquía. Ya en la Declaración francesa de 1789 podía leerse que " la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones " es uno de los derechos más preciados del hombre " (artículo 11) o que la propiedad es un " derecho inviolable y sagrado " (artículo 17); la utilización de un superlativo relativo parece dar a entender que efectivamente existe una / cierta escala de valores y, si bien en la práctica este tipo de formulaciones o el uso de algunos calificativos que tienden a reforzar el sentido de los textos, carecen de verdadera utilidad como criterios para resolver las colisiones que puedan presentarse en el ejercicio de los derechos fundamentales, ponen en evidencia que el legislador no es ajeno a la idea de jerarquía. Como tampoco lo es un importante sector de la doctrina que sostiene la existencia de unos derechos radicales,

primarios o esenciales, lo que implica aceptar como contrapartida que otros tienen naturaleza secundaria, derivada o / adjetiva; bien es verdad que en muchas ocasiones no puede hablarse con propiedad de una ordenación jerárquica, pues algunos autores se limitan a resaltar el carácter básico o esencial de un determinado derecho, sin establecer distinciones dentro del catálogo general de las libertades, y en otros supuestos la discriminación se funda más en criterios de generalidad que de jerarquía.

En España, casi siempre desde perspectivas iusnaturalistas, se ha defendido la jerarquización de los derechos fundamentales o al menos la existencia de un derecho primario, a saber : el derecho de ser reconocido siempre como persona humana (132). No obstante, con otros planteamientos, en principio más sociologistas o formalistas, también se ha sostenido la contraposición entre unos derechos primarios y otros /

(132) Vid., por ejemplo, Legaz, " Filosofía del Derecho ", 2ª edición. Bosch, Barcelona, 1961, p. 726 y " La noción jurídica de la persona humana y los derechos / del hombre ", en Revista de Estudios Políticos, XXXV, 1951, p. 44, luego recogido en " Humanismo, Estado y Derecho ", Bosch, Barcelona, 1960, p. 107 y s. Castán " Los derechos del hombre " cit. , p. 37 y s.

secundarios, que derivarían de aquéllos (133), o bien que entre todos los derechos fundamentales hay uno radical : el derecho a ser reconocido como ser humano (134).

Igualmente, la doctrina francesa de las libertades públicas recoge algunas distinciones que, en mayor o menor medida, implican la consideración de un criterio jerárquico. Así es corriente calificar a ciertas libertades de " fundamentales " frente a otras que no gozarían de tal cualidad ; pero como acertadamente señala Burdeau, esta distinción no debe / ponerse en relación con el valor intrínseco de las libertades ya que se trata " de un criterio esencialmente técnico gracias al cual los tribunales ordinarios ("judiciaires"), / normalmente incompetentes para conocer de la actividad de la Administración, son admitidos a controlarla cuando dicha dicha actividad atenta contra una libertad " (135). Sin embargo, debe señalarse que en algunos autores este calificativo de " fundamental " no atiende solo a consideraciones prácticas derivadas del concreto régimen jurídico de los derechos, sino que tiene una mayor transcendencia en el plano teórico

(133) Vid. González Casanova, "La Declaración de los derechos humanos y la Encíclica " Pacem in Terris ", cit. p., 227 y s.

(134) Peces-Barba, " Derechos fundamentales", cit.p, 91.

(135) Burdeau, " Les libertés publiques ", cit.,p. 22.

de la función jurídico- política de las libertades; así Colliard afirma que las libertades de la persona, que él contra pone a las libertades de pensamiento y a las de contenido / / económico y social, " constituyen verdaderamente los derechos fundamentales del individuo. Si no son garantizados, no exis te de ninguna manera un régimen de libertades públicas (136). Planteamiento análogo puede hallarse en Roche (137), quien / distingue entre igualdad y libertades de la persona, que ten drían carácter fundamental, y libertades de pensamiento, de/ grupo y derechos económico - sociales, de carácter complemen tario (138). Para Madiot, que enfoca el problema desde un punto de vista más sociológico, es evidente que toda socie-- dad atribuye una importancia más o menos grande a ciertos de rechos en función de la ideología del momento, y precisamente esta idea de jerarquía viene a justificar el intento de una / clasificación científica (139). En cualquier caso, no pare ce qu en la doctrina francesa el problema que nos ocupa se / haya enfocado desde la perspectiva iusnaturalista que es fre

(136) Colliard, " Libertés publiques ", cit., p. 205

(137) Roche, " Libertés publiques", Dalloz, 3^a ed. París 1974

(138) Vid. También M. Hauriou, " Précis de Droit constitutionnel ", Sirey, París, 1923, p. 97-98 y Morange, " Contribution a la Théorie générale des libertés publiques", cit., p. 129.

(139) Madiot, " Droits de l'homme et libertés publiques ", cit., p. 20.

cuenta en España, ni tampoco que atribuya a los ensayos de /
ordenación jerárquica una transcendencia en el plazo de la /
definición conceptual de los derechos. Por el contrario, / /
cuando no se trata de un simple expediente técnico para re--
solver determinados obstáculos de competencia en el control
de la actividad administrativa en materia de libertades pú--
blicas, la jerarquización responde a planteamientos jurídico
- políticos sobre la función legitimadora de ciertos derechos
es decir, a la constatación de que algunas libertades consti-
tuyen el fundamento esencial del Estado de Derecho, mientras
que otras, aunque valiosas, tienen no obstante un carácter /
más accesorio. .

En realidad, esta preocupación por hallar un crite---
rio de ordenación jerárquica parece comprensible desde el mo-
mento en que se quiere hacer de los derechos fundamentales /
un objeto de investigación científica, ya que se trata de /
aplicar en el ~~análisis~~ todo el conjunto de categorías jurídi-
cas y de modos de investigación que son bien conocidos por /
el jurista. Tal vez la tentación de construir un sistema de
los derechos fundamentales a la manera en que la Teoría Ge--
neral del Derecho elabora una doctrina del ordenamiento jurí-
dico, explique esta búsqueda de un criterio que dé unidad y
coherencia a todo el conjunto de derechos, y de la misma for-
ma que la norma fundamental satisface estas finalidades en la
teoría del ordenamiento, se trataría de definir un " derecho

fundamental ", raíz y causa de todos los demás; con la particularidad antes apuntada de que tal proceder parece de escasa utilidad práctica en sede de derechos fundamentales, ya / que la presunta jerarquía no deja de tener carácter ideal / sin ninguna traducción en el plano del Derecho positivo. Lo que no quiere decir que la cuestión que nos ocupa no presente algunas implicaciones de indudable interés.

En primer lugar, desde un punto de vista jurídico positivo, es indudable que ciertos derechos gozan de una mayor / consideración y, en este aspecto, bien pudiera ensayarse una graduación atendiendo a los diversos elementos que componen su régimen jurídico : el sistema de garantías, que puede ser más o menos vigoroso; la forma de ejercicio, que puede hallarse sometido a un régimen de control previo por parte de la Administración, o a un control jurisdiccional a posteriori : los límites al ejercicio que en cada caso imponga el ordenamiento jurídico, etc.. Ponderando todos estos elementos lograríamos una sistematización jerárquica de utilidad para comprender el esquema de valores que ha inspirado la acción del legislador, aunque creemos que escasamente significativa para resolver / los problemas de interpretación que plantea el Derecho de los derechos fundamentales. La constatación de que una libertad se tutela a través del recurso de amparo constitucional y de que otra, en cambio, no goza de esa garantía privilegiada no

supone en principio que, en caso de conflicto entre ambos de rechos, el primero deba prevalecer sobre el segundo. Sin du da, no nos hallamos ante una hipótesis académica: la colisión en el ejercicio de dos derechos fundamentales es perfectamen te imaginable y, de hecho, se ha planteado con frecuencia en el sistema francés de libertades públicas (140). En defini tiva, el derecho ajeno constituye uno de los límites al ejer cicio de los derechos fundamentales y los criterios para re solver estas colisiones son muy variados; en ocasiones, es el propio legislador quien limita el ejercicio de una libertad / con el fin de garantizar el respeto de otras (141). Pero en / otros supuestos, las orientaciones que ofrece la ley no resul tan claras y evidentes; pretenden aplicar entonces el crite rio de la presunta jerarquización de los derechos no parece / que pueda resolver el problema ya que tal ordenación jerárqui ca no deja de ser el resultado de las apreciaciones subjeti vas del intérprete. La Constitución no contiene una enumera ción de las libertades por orden de importancia ni ofrece / ningún principio según el cual ciertos derechos deben ceder ante otros; únicamente cabe afirmar que el legislador ha pre

(140) Vid. Braud , "La notion de liberté publique ... ", / cit., p. 436 y s.

(141) Así, por ejemplo, el derecho al honor y a la intimi--
dad es protegido por una ley que limita la libertad /
de expresión.

visto un régimen jurídico discriminatorio y que existen, por lo tanto, unos derechos privilegiados; pero de aquí no puede derivarse la conclusión de que siempre y en todo caso tales derechos deban prevalecer. La jerarquía que implícitamente establece el texto constitucional tiene una utilidad teórica, en cuanto que pone de relieve los valores o la ideología del legislador, pero desde un punto de vista práctico esta / jerarquización constituye un criterio indirecto y de importancia relativa, que puede tenerse en cuenta como simple orientación. Así pues, no podemos extrapolar el principio de jerarquía normativa en materia de derechos fundamentales, pretendiendo atribuir a la presente jerarquización de estos últimos la misma función ordenadora y unificadora que dicho principio satisface en el sistema del ordenamiento jurídico, pues en / nuestra materia no existe una voluntad legisladora, ni siquiera implícita, según la cual debamos preferir un derecho sobre otro; carecemos de un sistema jerárquico de libertades análogo al sistema jerárquico de fuentes.

Sin embargo, en el plano teórico el problema que nos ocupa tiene un indudable interés. La aceptación de que existe un " derecho radical " origen y fundamento de todos los demás, incide en primer lugar en la noción misma de los derechos fundamentales, ya que de esta afirmación deriva un concepto unitario, en cuanto que todas las libertades directa o indirecta

mente aparecerían como simples manifestaciones de ese derecho -valor superior del orden jurídico, haciendo del conjunto de derechos un sistema coherente, con la consecuencia, antes aludida, de que en principio cualquier contradicción que se diese en el sistema contaría con ese derecho radical como criterio teórico de solución de la antinomia. Esta concepción unitario y coherente puede implicar además un cierto prejuicio / en el planteamiento de la historia de los derechos fundamentales, pues cuando se afirma por ejemplo que " hay un derecho / absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás : el derecho de ser reconocido siempre como / persona humana " (142), parece indiscutible que se están sentando las bases para una concepción idealista de la historia de los derechos fundamentales, entendida como una evolución / lineal y casi sin fisuras, como un desarrollo necesario de / ese valor esencial y ahistórico que encontraría su realización en un supuesto proceso de perfeccionamiento de las relaciones humanas. No puede sorprendernos, por lo tanto, que la tesis del derecho-radical haya sido calificada de iusnaturalista (143), pues en efecto algunos autores llegan a la conclusión de que " este derecho primario... está pues fuera de

(142) Vid. Legaz, " La noción jurídica de la persona humana y de los derechos del hombre ", cit., p. 44; Castán / " Los derechos del hombre ", cit. , p. 37.

(143) Vid. Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", cit., p. 28 y s., nota 20.

la competencia del Estado y de las limitaciones que en los de
rechos fundamentales puedan ser impuestas por leyes positivas"
(144).

Así pues, parece que si se acepta la existencia de un /
derecho jerárquicamente superior la pureza del análisis se ve
rá enturbiado irremediabilmente por un planteamiento de fondo
iusnaturalista, al menos si se pretende llevar esta tesis has
ta sus últimas consecuencias. No obstante, creemos que para /
una precisa comprensión del problema es necesario distinguir
entre jerarquía y generalidad, nociones que suelen confundir-
se o aparecer como complementarias en un importante sector de
la doctrina (145), porque evidentemente una cosa es que deter-
minado derecho o valor, por la amplitud de su formulación, en
globe a cierto número de libertades y otra cosa es que le re-
conozcamos una jerarquía superior o incluso, y aquí pensamos
que se halla el peligro iusnaturalista, que esa superioridad
pretenda imponerse sobre el propio Derecho positivo.

Un intento de conjugar nociones iusnaturalistas y positi-
vistas puede hallarse en la obra del profesor Pe-

(144) Castán, " Los derechos del hombre ", cit., p. 37

(145) Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", cit. p. 91 - '2
De Castro, " Dimensión científica de los derechos del /
hombre ", cit., p. 113.

ces- Barba, cuyo resultado es bastante discutible. Según este autor, existe un derecho radical, el derecho a ser considerado como persona, es decir, como ser de eminente dignidad y " sin este derecho reconocido quiebran todos los demás derechos fundamentales " (147). Hasta aquí tal vez sus palabras puedan interpretarse como una afirmación de generalidad o de jerarquía dentro del sistema de derechos fundamentales y , en este aspecto nada puede objetarse, ya que si a los hombres no se les reconoce como personas difícilmente se les podrán atribuir derechos subjetivos. Pero el problema surge cuando la generalidad conceptual quiere transformarse en preferencia, no ya frente al resto de los derechos fundamentales, sino incluso frente al propio ordenamiento jurídico; añade el profesor Peces- Barba : " si el poder no reconoce ese elemental derecho, su ordenación de la sociedad no será una ordenación jurídica. No estaremos ante el Derecho, sino ante la fuerza desnuda " (148), lo que constituye una excepción al principio de / que la eficacia del poder es suficiente para la validez del / Derecho y, por lo tanto, una afirmación iusnaturalista, como ha señalado Elías Díaz. Bien es verdad que ante tales consecuencias, el propio autor rectifica el rumbo de la argumentación y lo que al principio se formulaba como un derecho del / hombre, como un derecho radical más concretamente, termina /

(147) Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", cit., p. 91

(148) Peces-Barba, " Derechos Fundamentales ", cit., p. 91.

transformándose en una simple característica de la estructura formal del Derecho, a saber : no se puede concebir un Derecho sin sujeto; y ello no supone que todos los individuos tengan derechos, o sea, que todos sean personas, ni tampoco que en / algunas etapas históricas determinados seres pertenecientes a la especie humana no fuesen considerados sujetos, sino objetos del Derecho. Lo que sucede es que, a nuestro juicio, en estas condiciones ya no debe hablarse de un derecho radical, ni siquiera de un derecho, puesto que el mismo se reduciría a la siguiente afirmación : el Derecho tiene una dimensión / subjetiva . La teoría del derecho radical no sería entonces prescriptiva, como aparece en los párrafos antes señalados, sino descriptiva.

CAPITULO CUARTO

PROBLEMAS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. LA FISCALIZACION DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- Planteamiento del problema.

Las libertades públicas se hallan sometidas al Derecho en - el sentido de que no cabe hablar de su existencia jurídica mien- tras no sean incorporadas al ordenamiento, por lo que bien pue- de decirse que siempre los derechos fundamentales se organiza- rán de acuerdo con un régimen de previa autorización, ya que su efectiva vigencia depende de la voluntad del poder, previamente manifestada a través de la norma que define y regula la liber- tad. Pero la intervención del Derecho, y del poder que crea y - al mismo tiempo se somete al Derecho, no cesa con la positiviza- ción de las libertades, sino que se manifiesta de una u otra -- forma en cada una de las fases que componen su concreto ejerci- cio; la libertad se organiza, sometiendo su realización al cum- plimiento de determinados requisitos, lo que en definitiva la - condiciona. Pues bien, estos condicionamientos suponen la exis- tencia de un control del ejercicio de los derechos fundamenta- les, y según las diversas actitudes que puede adoptar el orden jurídico la doctrina distingue en líneas generales entre el ré- gimen preventivo y el represivo. El primero se caracteriza por- que el titular no puede ejercer su derecho en un régimen de ple- na autonomía, sino que ha de someterse al control previo de al- guna autoridad pública o, cuando menos, poner en su conocimien- to la intención de hacer uso de una determinada libertad (1). -

1) En realidad, como veremos, en este último caso de la mera co- municación es mejor hablar de un régimen mixto.

El sistema represivo, por el contrario, supone que el individuo ejerce sin trabas las libertades que le vienen reconocidas en el Derecho positivo, y su obligación consiste solamente en conocer los límites establecidos por el legislador, es decir, las infracciones que no debe cometer; si viola esos límites habrá de soportar una sanción, pero sólo después de haber utilizado, aunque con abuso, su libertad.

Este segundo sistema de organización de los derechos fundamentales parece el más acorde con un Estado democrático respetuoso de la libertad, y así es reconocido unánimemente por la doctrina (2) que ve en él una garantía de la seguridad jurídica. Como señala Rivero, el régimen de previa autorización condena al particular a la incertidumbre y hace posible actuaciones discriminatorias por parte de la autoridad gubernativa que es, además, el poder del Estado menos favorable a las libertades -- (3); en definitiva, parece lícito preguntarse si acaso el someter el ejercicio de la libertad a un régimen de autorización -- previa no equivale a negar la esencia misma de la libertad (4). Sin embargo, creemos que el problema no se resuelve por completo con la adopción de uno u otro sistema, ni cabe afirmar que uno de ellos resulta siempre compatible con la vigencia efecti-

2) Vid. por ejemplo, Peces-Barba, "Derechos fundamentales", 3ª. ed. Latina, Madrid, 1980, p. 126; Rivero, "Les libertés publiques", vol. 1º. "Les droits de l'homme", PUF, París, 2ª. ed. 1978, p. 200 y s.; Colliard, "Libertés publiques", 4ª. ed. - Dalloz, París, 1972, p. 109 y s.; Robert, "Libertés publiques", Ed. Montchrestien, París, 1971, p. 104 y s.; Madiot, "Droits de l'homme et libertés publiques", Masson, París, -- 1976, p. 118 y s.

3) Rivero, "Les libertés publiques", vol. I, citado, p. 213.

4) Vid. Robert, "Libertés publiques", cit., p. 109.

va de los derechos, ya que el sentido y las garantías que ofrecen los diversos procedimientos de control dependen no sólo de su estricto régimen de funcionamiento, sino también y muy principalmente de la autoridad que tenga constitucionalmente atribuída la competencia en la materia, así como de las cautelas y recursos previstos en el ordenamiento jurídico. Efectivamente, podemos calificar de más liberal el sistema represivo a condición de que sea la autoridad judicial la encargada de imponer las sanciones; y podemos también considerar el régimen preventivo inadecuado para la defensa de los derechos fundamentales en la hipótesis de que la ley atribuyese a la autoridad gubernativa una competencia discrecional de autorización. Si el sistema represivo se concreta en el reconocimiento de la potestad sancionadora a la Administración civil del Estado, es evidente que la línea fronteriza que le separa del régimen de previa autorización se hace mucho más ténue, y, a su vez, si éste último se organiza de forma rigurosa, haciendo de la actuación administrativa una actividad reglada y arbitrando un procedimiento eficaz de control jurisdiccional, desaparecería en alguna medida ese carácter negativo que en orden a la defensa de la libertad le confiere la doctrina.

Por otra parte, en la práctica el legislador no suele adoptar un modelo general de organización de todas las libertades públicas, sino que se limita a establecer determinadas cautelas cuya naturaleza depende de las condiciones particulares que presente el ejercicio de cada derecho. E incluso es posible que un mismo derecho esté sometido a diversos sistemas de control; por ejemplo, la libertad de prensa, una vez suprimida la censura --

previa y el secuestro administrativo de publicaciones (artículo 20, 2º y 5º de la Constitución), carece de otro control que no sea el que eventualmente pueda realizar la jurisdicción penal, pero ello no excluye la inscripción de la empresa periodística ni un hipotético depósito previo. Por otro lado, es evidente -- que un sistema de autorización previa no excluye la imposición de sanciones, aunque solo sea porque el principio de separación de poderes se opone a que una autorización administrativa exima al juez del deber que le incumbe de aplicar la ley penal.

Teniendo en cuenta las múltiples formas de organización de las libertades públicas, creemos que los tradicionales modelos a los que venimos aludiendo resultan insuficientes para explicar la complejidad que hoy revisten los procedimientos de control de los derechos fundamentales. Conviene hacer notar, por otra parte, que cuando la doctrina habla de la intervención administrativa o de los sistemas de control del ejercicio de los derechos, se refiere siempre con óptica liberal a las actuaciones limitadas o represoras de los derechos fundamentales, pero no a las acciones de promoción que en ocasiones resultan mucho más importantes para el efectivo disfrute de los derechos, no ya de los económicos, sociales y culturales, sino también de -- los civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en las subvenciones estatales a la empresa periodística; se ha suprimido la censura previa de publicaciones, pero en la práctica la autoridad gubernativa puede lograr un resultado análogo mediante la adecuada "selección" de los beneficiarios de esa subvención, y ello sin contar con que la libertad de prensa es por naturaleza una libertad no igualitaria. ¿Acáso en estas condiciones la li-

bertad de prensa no sufre casi tanto cómo en un régimen de censura?. Y lo mismo cabe decir de otras muchas "intervenciones positivas" del poder. Por ello, hoy resulta imprescindible hacer de la función promocional de la Administración una actividad reglada y sometida al control jurisdiccional, al igual que ya sucede con la función garantizadora y represora (5).

Hechas estas consideraciones y advirtiendo por lo tanto que cuando nos referimos a la intervención administrativa lo hacemos, con prisma liberal, a la intervención garantizadora o represora, podemos encuadrar las diversas formas de control dentro de cinco modelos teóricos. Efectivamente, en presencia de cualquier actividad humana y, más concretamente, ante el ejercicio de los derechos fundamentales, los poderes públicos pueden adoptar cinco actitudes que, en orden creciente de intervención, dan lugar a los siguientes modelos: sistema represivo, régimen de simple comunicación o inscripción, régimen de comunicación seguida de prohibición, régimen de autorización previa y, por último, atribución a la autoridad gubernativa de una potestad de prohibición o suspensión.

- 5) De este tema nos ocupamos anteriormente, al hablar de aquellos derechos cuya realización exige una prestación positiva por parte del Estado. El haber optado por esta sistemática, no obstante hallarnos ante una cuestión muchas veces decisiva en orden al pleno ejercicio de los derechos, se debe a -- que la intervención del poder reviste multitud de formas en profundidad y extensión, y su papel en la realización de las libertades no adquiere siempre la misma importancia. Por ello, creemos que es necesario separar la intervención negativa de la actuación positiva del poder, bien entendido que, en ocasiones, aparecen conjuntamente o procuran finalidades análogas y de que constituye una exigencia ineludible del Estado de Derecho requerir condiciones y garantías semejantes para una y otra forma de intervención; sometimiento de todos los aspectos de la actividad a las reglas del Derecho y control jurisdiccional.

2.- El régimen represivo.

La existencia de normas sancionadoras y de un Derecho represivo constituye una característica esencial de todo ordenamiento jurídico, cualquiera que sea la organización jurídico-política de la que aquél obtenga la razón última de su eficacia. Cuando, por violación de los límites establecidos en el ordenamiento, el ejercicio de los derechos fundamentales llega a constituir delito o falta, el Derecho reacciona con la imposición de una pena, con la privación de un bien jurídico. En este aspecto, todo sistema de control del ejercicio de las libertades es de naturaleza represiva, en cuanto que la determinación de un ámbito de antijuridicidad conlleva la previsión de un catálogo de sanciones. Sin embargo, en sentido técnico, la doctrina reserva el calificativo de represivo para aquellos sistemas de organización de las libertades que consagran con carácter exclusivo un control a posteriori del ejercicio de los derechos; en este caso, el derecho es plenamente poseído por su titular, que lo ejerce con total autonomía, en contraste con el régimen de libertad retenida (6) que caracteriza al sistema preventivo. -- Por ello, cuando el ejercicio de los derechos fundamentales se somete a una autorización previa o la Administración goza de -- competencia para prohibir, suspender o condicionar su disfrute, no cabe hablar de régimen represivo, aunque el ordenamiento -- cuente con esa última ratio que es el Derecho penal. La organi-

6) El calificativo de "libertad retenida" es aplicado por Livet a todos aquellos derechos sometidos a un régimen de autorización previa; vid. "L'Autorisation administrative préalable et les libertés publiques", préface de J. Rivero, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 25.

zación de las libertades públicas de acuerdo con un sistema represivo es incompatible con cualquier otro procedimiento de control, con la única excepción del sistema que hemos denominado de simple comunicación o inscripción.

Salvo algunos supuestos especiales que luego veremos, nuestra Constitución adopta sin ningún género de reservas este sistema de control del ejercicio de los derechos, que tradicionalmente es considerado por la doctrina como el más favorable a la efectiva protección de la libertad. En líneas generales puede afirmarse que todos los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución pueden ejercerse por sus titulares con plena libertad, esto es, sin necesidad de someter sus intenciones al superior criterio de la Administración, que carece de competencias para si misma autorizar, prohibir o suspender el ejercicio de la libertad. Así el artículo 21 señala que el ejercicio del derecho de reunión no necesitará autorización previa, el artículo 22 alude a la inscripción de las asociaciones "a los solos efectos de publicidad", lo que excluye tanto el requisito de solicitar autorización como la prohibición o suspensión administrativas, y el artículo 20 proscrib[e] formalmente la censura previa. Es cierto que en otros preceptos que reconocen derechos fundamentales no se hace ninguna referencia al sistema de control, ni se establece tampoco un procedimiento con carácter general, lo que resulta comprensible habida cuenta de la multiplicidad de formas que presenta el ejercicio de las libertades, pero creemos que ninguna enseñanza puede derivarse de esta omisión ya que, por un lado, los derechos reseñados son los únicos

en que tiene verdadera relevancia el problema que nos ocupa (7) y, por otra parte, no cabe presumir la lícita intervención del poder en el ejercicio de la libertad si no existe una cobertura constitucional, al menos cuando esa intervención resulte decisiva para el efectivo disfrute del derecho, como sucede con el régimen de previa autorización que transforma el derecho subjetivo en libertad retenida. En este aspecto estimamos que, teniendo en cuenta que el régimen de control del ejercicio de los derechos fundamentales forma parte del "contenido esencial" del propio derecho, en el sentido del artículo 53,1º, una futura ley, orgánica u ordinaria, no podrá establecer un procedimiento de control más limitativo que el previsto en la Constitución; bien entendido que, siendo regla la libertad y excepción la autoridad, pues ésta descansa y se legitima en aquélla (8), cuando el texto constitucional omite toda referencia al sistema de control del ejercicio de un determinado derecho, hemos de enten

- 7) Es ilógico imaginar, por ejemplo, que la seguridad personal pueda someterse a un régimen de autorización previa. En realidad, esta noción no tiene ninguna razón de ser cuando se trata de aquellas libertades que se formulan negativamente y que constituyen propiamente los genuinos límites al poder, casi diríamos a la fuerza, del Estado: derecho a no sufrir detención, a no ser sometido a tortura, a no padecer injerencias en la vida privada o familiar...
- 8) Los grandes principios y proclamaciones constitucionales, lejos de constituir vacías fórmulas de estilo, satisfacen una función interpretativa de los preceptos normativos de extraordinario valor. En este sentido, bien puede decirse que la libertad es la regla y sus límites la excepción, ya que el artículo 10,1º hace de la libertad el fundamento del orden político y de la paz social. El orden y la paz se legitiman en la dignidad de la persona y en sus derechos inviolables, lo que quiere decir que ese orden y esa paz dejan de ser moralmente respetables cuando pierden su fundamento. La libertad es la regla porque sería absurdo fundar el orden y la paz en una excepción, es decir, en un valor que pudiese ser concedido o limitado cuando circunstancias de oportunidad política así lo indicasen.

der necesariamente que consagra el régimen represivo. Insistimos, no obstante, en que esta última hipótesis parece improbable, ya que en aquellos supuestos en que el problema de la fiscalización del ejercicio de los derechos presenta verdadera relevancia, nuestros constituyentes no han omitido cautelas ni garantías en favor casi siempre del principio de libertad.

Pero el control a posteriori del ejercicio de los derechos fundamentales no constituye en si mismo una solución óptima para la efectiva protección de la libertad. Cuando la tipificación de los delitos y de las penas no se atribuye en exclusiva a la ley, cuando a las normas sancionadoras se las reconocen efectos retroactivos o, en fin, cuando su aplicación no se encomienda a un órgano jurisdiccional que reúna todas las garantías de imparcialidad e independencia, entonces no cabe hablar de sistemas de control del ejercicio de las libertades, porque en realidad no existen libertades. En consecuencia para que el régimen represivo constituya una verdadera garantía de los derechos fundamentales es preciso que reúna determinadas condiciones.

a) En primer lugar, es necesario que los delitos o faltas, así como las sanciones, que representan el límite en el ejercicio del derecho sean conocidas, esto es, que figuren en un texto legal, pues de lo contrario el sistema represivo consagraría la arbitrariedad del poder y la inseguridad del ciudadano. El juicio de Montesquieu es concluyente: "En los estados despóticos no hay leyes; el juez es su propia regla (9). Pero, en un

9) Montesquieu, "Del Espíritu de las Leyes", trad. de M. Blazquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid.

Estado de Derecho, es además necesario que ese texto legal tenga precisamente valor de ley; "sólo las leyes pueden decretar - las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad un da por un contrato social" (10). El postulado liberal, que en - tendido en sentido estricto nos llevaría a la conclusión de que el poder ejecutivo no puede "statuer" en ningún caso (11), supo ne al menos excluir del objeto material de la potestad normativa de la Administración tanto la tipificación de las conductas delictivas como el establecimiento de las penas correspondien - tes.

El principio de legalidad, vieja aspiración del humanitaris mo penal, aparece consagrado en el artículo 9,3 y 25,1 de nues- tra Constitución al afirmar este último que "nadie puede ser -- condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momen to de producirse no constituyan delito, falta o infracción admi nistrativa, según la legislación vigente en aquel momento". El precepto, al margen de insistir en el principio de irretroacti- vidad de las disposiciones sancionadoras, también recogido en - el art. 9,3, se refiere a la "legislación vigente" como funda -

drid, 1972, Libro VI, Capítulo III, p. 100.

- 10) Beccaria, C., "De los delitos y de las penas", Introducción notas y traducción de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974. La edición original es de 1764. Capítulo III, p. 74 - de la edición española citada.
- 11) Recordemos las palabras de Montesquieu: "Cuando el poder le gislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente", "Del Espíritu de las Le -- yes", cit., Libro XI, Capítulo VI, p. 151. Vid. también las consideraciones sobre el principio de legalidad en el Capí- lo II de este trabajo.

mento de las penas, y ello exige dilucidar en primer término si en el contexto del artículo 25 por legislación hemos de entender sólo el conjunto de leyes dictadas por quien tiene atribuida la competencia constitucional para hacerlo, esto es, las Cortes Generales, o, como en principio parecería más verosímil, hemos de suponer que se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto (12). A nuestro juicio, la potestad normativa en materia sancionadora debe corresponder exclusivamente a las Cortes Generales mediante ley; ello es evidente desde luego cuando las sanciones consisten en privación de libertad, pues el propio artículo 25,3 establece que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad", y si no puede imponerlas menos aún tendrá legitimidad para reglamentarlas con carácter general. El problema se plantea en relación con las sanciones pecuniarias, que son las típicamente administrativas, pues si existen motivos para mantener el principio de reserva legal absoluta, ha de reconocerse también que el texto constitucional no ofrece un criterio seguro ni un mandato expreso. En primer lugar, numerosas sanciones pecuniarias pueden preverse como castigo al ejercicio abusivo de una libertad o derecho fundamental y, en consecuencia, se verían afectadas por el principio de reserva de ley: orgánica, si se trata de alguno de los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (art. 81) (13), y ordi-

12) En el Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso figuraba la expresión "ordenamiento jurídico"; en cambio, en el texto del Senado aparecía, creemos que con mejor criterio, la palabra ley. Finalmente, la Comisión mixta optó por una solución intermedia y prefirió una expresión más ambigua como es la de "legislación vigente".

13) Como hemos visto en el Capítulo II, existe discusión en la

naria, si se hallan tutelados en la Sección 2ª (artículo 53,1º). Por otro lado, si se reconoce que las sanciones privativas de libertad afectan al derecho fundamental reconocido en el artículo 17, puede suponerse también que las pecuniarias afectan a la propiedad tutelada en la mencionada Sección 2ª del Capítulo II y, por lo tanto, en su regulación debe respetarse la reserva -- del artículo 53; de donde cabe concluir que la competencia normativa para la fijación de sanciones no privativas de libertad se puede ver doblemente afectada por el principio de reserva de ley: primero, porque toda sanción pecuniaria afecta en sí misma a la propiedad y, segundo, porque en muchas ocasiones el castigo será consecuencia del ejercicio irregular de un derecho fundamental. Finalmente, como tuvimos ocasión de comentar en el Capítulo II, parece que en todo caso la Administración precisa -- una cobertura legal, sobre todo en temas como el Derecho sancionador, que no puede convertirse en una pura habilitación genérica sin límites ni precisiones.

Sin embargo, no parece que nuestro ordenamiento jurídico -- acoja una solución muy rigurosa. El artículo 27 de la vigente -- Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado consagra una interpretación muy amplia del principio de legalidad -- cuando afirma que "los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas..., salvo aquellos casos en que expresa --

doctrina acerca del objeto material de las leyes orgánicas en relación con las libertades y derechos fundamentales. Recordamos nuestra opinión de que sólo deben desarrollarse mediante ley orgánica los derechos contenidos en la mencionada Sección primera del Capítulo II del Título I.

mente lo autorice una Ley votada en Cortes" (14); con ello se reconoce la posibilidad de deslegalizar la materia sancionadora o, al menos, de proceder a una remisión del capítulo de los delitos y de las penas (15). Bien es verdad que el artículo 19 -- del Fuero de los Españoles consagraba el principio de legalidad y que la exigencia de Ley formal podía deducirse también de la doctrina de las materias reservadas. Esta normativa preconstitucional, y por lo tanto posiblemente afectada por la disposición derogatoria de la Constitución, debe complementarse hoy con el Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (16), que además de regular en el artículo 6 las condiciones generales que deben reunir las sanciones administrativas, reconoce expresamen

- 14) Por otro lado, el propio Código Penal, en su artículo 603, ^{1º} admite casi como un hecho natural la competencia normativa de la Administración en materia de sanciones pecuniarias, - tratando al menos de fijar un cierto límite que pronto fue olvidado tanto por el legislador, que lógicamente no se hallaba vinculado por una voluntad legislativa anterior, como por el poder ejecutivo que, en cambio, sí lo estaba. Dicho precepto establece que "en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este Libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales"
- 15) Nótese, por lo demás, que la LRJAE no habla de sanciones administrativas, sino de penas, aunque en realidad, a nuestro juicio, ello carece de importancia si tenemos en cuenta que no existe una diferencia sustancial entre ambas nociones, - al menos cuando las sanciones administrativas protegen el orden general. En ambos casos se trata de la privación de un bien o derecho y constituye la reacción del orden jurídico ante una conducta tipificada.
- 16) Este Proyecto de Ley presentado a las Cortes en septiembre de 1979 fue parcialmente aprobado como Ley de desarrollo -- del artículo 55,2 de la Constitución, pero en el resto ha visto paralizada su tramitación parlamentaria. Aquí lo citamos porque, aunque no sea Ley, pone de relieve los criterios del Gobierno y, a través de las enmiendas, también de la oposición, sobre estas cuestiones una vez aprobada la Constitución.

te en su artículo 5 la posibilidad de que las órdenes o prohibiciones de carácter general establezcan la imposición de sanciones (17), que son lógicamente sanciones de protección del orden general y no de las llamadas de autoprotección administrativa - (18). Si la Ley de Régimen Jurídico exigía que la autorización se efectuase de forma expresa y en cada caso por una Ley votada en Cortes, el Proyecto de Ley Orgánica citado ofrece una cobertura general e indiscriminada en favor de la potestad normativa de la Administración, que a nuestro juicio infringe el principio de legalidad de los delitos y de las penas, así como la reserva de ley, orgánica u ordinaria, que con carácter general establecen los artículos 81,1 y 53,1 para la regulación de los derechos y libertades fundamentales.

b) Corolario del principio de legalidad es que la tipificación de las infracciones y de las penas se verifique con precisión y sin ambigüedades, desterrando del lenguaje jurídico las peligrosas cláusulas de extensión analógica. No se trata sólo de una consecuencia lógica del principio de legalidad, sino que la exigencia de un Derecho Penal claro, sobre la base de fórmulas ciertas y seguras, y de lenguaje accesible a todos los ciudadanos aparece históricamente vinculada a la reivindicación --

- 17) Unicamente el Grupo parlamentario andalucista y el comunista mantuvieron en sus enmiendas (números 14 y 107, respectivamente) la tesis aquí defendida y que se concretaba en la supresión de la potestad normativa de la Administración en materia de penas o sanciones.
- 18) Nos referimos a las relaciones de supremacía especial, también llamadas relaciones especiales de poder. Vid. Garrido Falla, F., "Tratado de Derecho Administrativo", volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, p. 149. Vid. también García de Enterría, T. R. Fernández. "Curso de Derecho Administrativo", vol. II, p. 148 y s.

del principio de legalidad y es obra también de la Filosofía penal ilustrada (19). Tal vez los famosos artículos segundos de la Ley de Prensa y de Orden Público estarán destinados durante mucho tiempo a servir de ejemplo de lo que no debe ser la tipificación de las infracciones administrativas (20). En otras ocasiones, más que de ambigüedad cabe hablar de verdaderas cláusulas en blanco, tipificaciones tan sumamente genéricas y amplias que permiten sancionar cualquier infracción de la norma, incluso de naturaleza formal (21).

- 19) El propio Beccaria, en el Capítulo V de su conocida obra, ya citada, critica con extraordinaria dureza el Derecho de su tiempo que, como señala Tomas y Valiente, "se había convertido en materia casi misteriosa y sacral... accesible sólo para quienes pudieran manejar una técnica enreversada, farragosa y frecuentemente distanciada de la realidad", p. 194 de la obra de Beccaria. Y Filangieri insiste en los mismos postulados cuando recomienda que "deben las leyes criminales descender a ciertos pormenores, en que no deben detenerse las civiles, a no ser que se quiera dejar en manos de los jueces una arbitrariedad perniciosísima", "Ciencia de la Legislación", trad. de J. Ribera, Imprenta Villalpando, vol. III, Madrid, 1821, p. 308.
- 20) El artículo segundo de la Ley de Prensa e Imprenta de 19 de marzo de 1966 decía que "La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones, reconocidos en el artículo 1º, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar". Por su parte, el artículo segundo de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, tras enumerar ocho conductas contrarias al orden público, terminaba con la siguiente cláusula: "Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social".
- 21) Así, por ejemplo, el art. 225 de la Ley del Suelo: "La vulneración de las prescripciones contenidas en esta Ley, o en los Planes, programas, normas y ordenanzas tendrán la consideración de infracciones urbanísticas y llevarán consigo la imposición de sanciones a los responsables".

El Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana seguía también un criterio recusable en la delimitación de las conductas merecedoras de sanción, ya que, según el artículo 6, "La autoridad gubernativa, para garantizar las finalidades previstas en el artículo 1, 2º de esta Ley, podrá sancionar las conductas que infrinjan las disposiciones generales vigentes o las normas o prohibiciones dictadas dentro de su competencia o que supongan grave alteración del orden, la tranquilidad o la seguridad ciudadana o cualesquiera otras de carácter violento", de donde se infiere que existen tres clases de conductas sancionables: aquellas que infrinjan disposiciones generales, órdenes o prohibiciones, las que suponen alteración del orden, la tranquilidad o la seguridad y, por último, cualquier conducta violenta. En definitiva, el Proyecto comentado era fiel a la peor tradición en la materia: tipificación en blanco que permite sancionar en principio cualquier infracción de las disposiciones generales vigentes, con la única limitación de que las sanciones han de perseguir las finalidades previstas en el art. 1, 2º, formuladas de manera no menos imprecisa, como si la privación de bienes o derecho -- fuese la única forma de reaccionar que conociese el ordenamiento jurídico; terminología ambigua que adquiere una peligrosa -- fuerza expansiva, cláusula de extensión analógica y dejación de la competencia normativa en favor del poder ejecutivo. Como señalábamos anteriormente, estimamos que esta regulación resulta especialmente perniciosa para la vigencia de un sistema eficaz de libertades públicas.

c) Aunque la tipificación ambigua o las cláusulas de extensión analógica pueden aparecer también en las leyes propiamente

penales, es decir, aquellas que son aplicadas por la jurisdicción penal, y por este motivo hemos dedicado al problema un apartado propio, lo cierto es que esta infracción del principio de legalidad constituye una característica muy acusada del Derecho Administrativo sancionador, que es además el sector del ordenamiento en el que resultan más peligrosas para la libertad, ya que, pese a todo, en el ámbito penal las tipificaciones ambiguas se hallan en parte salvadas por la existencia de un procedimiento con todas las garantías y por una doctrina jurisprudencial que suele ser bastante más rigurosa que la Administración en la apreciación de las conductas delictivas.

Llegamos así al último y quizás más grave peligro que amenaza al sistema represivo de organización de las libertades públicas: el problema de las sanciones administrativas y, más concretamente, de las sanciones de protección del orden general (22).

- 22) Evitamos, por lo tanto, el estudio de la potestad sancionadora que es consecuencia de la llamada tutela reduplicativa o en segunda potencia y que tiene por finalidad proteger la organización y el orden interno de la propia Administración. Se trata en general de una potestad de supremacía especial, lo que supone que las sanciones recaen sobre personas que se hallan en una situación de sujeción especial: funcionarios, usuarios de servicios públicos, etc. Vid. sobre esta cuestión, García de Enterría, T.R. Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", 3ª ed., vol. I, p. 432; vol. II, p. 147 y s.
- En cualquier caso, conviene hacer notar que todas las sanciones administrativas presentan unas características bastante similares, si bien lógicamente las de protección del orden general -las que son consecuencia de una potestad de supremacía general- resultan mucho más peligrosas para el efectivo respeto de los derechos fundamentales, en cuanto que las libertades se suelen configurar como parcelas de autonomía frente al poder y no como relaciones de sujeción especial con la Administración; puede decirse que las libertades pertenecen al hombre abstracto y no al usuario de servicios, al contratista o al funcionario, aunque ciertamente desde una perspectiva realista, el problema consistirá en

Las sanciones administrativas de protección del orden general y singularmente las que tienen por objeto específico el orden público, y que son las más relevantes desde la perspectiva de los derechos fundamentales, carecen a nuestro juicio de justificación y de funcionalidad, a pesar de que el artículo 25,3 de la Constitución reconozca la potestad sancionadora de la Administración. De justificación, porque es principio consustancial al Estado de Derecho, incluso desde un punto de vista formal y cualquiera que sea el adjetivo con el que quiera calificársele, el respeto al principio de separación de poderes y obviamente este principio es conculcado cuando se atribuye a un órgano distinto del poder judicial la competencia para castigar las conductas ilícitas. Carecen de funcionalidad porque las sanciones administrativas de protección del orden general pretenden satisfacer finalidades idénticas a las perseguidas por la legislación penal cuyo conocimiento se encomienda al juez. Las sanciones de orden público, que sin duda son las que afectan de manera más directa a las libertades, no tienen por objeto la autoprotección administrativa, sino la tranquilidad, seguridad o salubridad y, en definitiva, el buen orden de la sociedad en general; se trata de una verdadera expropiación de las funciones características del poder judicial, que no ha dejado de crecer desde la Dictadura del General Primo de Rivera (23). El Derecho

dilucidar hasta qué punto estos últimos pueden disfrutar de los derechos que les corresponden como ciudadanos sin abandonar su especial posición. Pero ello constituye un problema distinto que nos aparta del control del ejercicio de los derechos fundamentales que ahora examinamos.

23) Para la evolución de las sanciones de orden público en nuestro Derecho, vid. Parada, "El poder sancionador de la Admi-

Administrativo sancionador ha expropiado la función, pero por -
desgracia no ha hecho lo mismo con los modos y formas de proce-
der que caracterizan al poder judicial; como señala García de -
Enterría, es un "derecho represivo primario y' arcaico", es un -
"derecho represivo pre-beccariano", que por su fuerza expansiva
constituye en la actualidad una de las más graves amenazas que
se cierne sobre la seguridad y la libertad de las personas. Nu-
merosas razones justifican esta afirmación.

La primera objeción que debe hacerse al Derecho represivo -
de la Administración deriva de las características del órgano -
encargado de apreciar las conductas constitutivas de la infrac-
ción y de aplicar las penas correspondientes. Los órganos admi-
nistrativos, resulta obvio decirlo, no son precisamente los más
idóneos para esta función en cuanto que carecen de esa indepen-
dencia a que alude el artículo 117,1º de la Constitución y que
es la garantía suprema del poder judicial. El sometimiento al -
principio de jerarquía y tal vez en ocasiones una escasa prepa-
ración y experiencia en las técnicas del Derecho penal y proce-
sal, traen como consecuencia una justicia basada en criterios -
de responsabilidad objetiva, insensible a las nuevas exigencias
de la culpabilidad y a la apreciación de las circunstancias per-
sonales, con un olvido preocupante de los postulados más elemen-
tales del ordenamiento represivo. En realidad, las tipificacio-
nes ambiguas o las cláusulas de extensión analógica, antes alu-
didas, no resultarían tan peligrosas si no fuese porque la "ju-
risprudencia" administrativa desconoce una teoría general de la

nistración y la crisis del sistema judicial penal" en Revista de Administración Pública, núm. 67.

infracción administrativa que ofrezca las garantías de la teoría general del delito, ya que, al fin y al cabo, nociones como orden público o seguridad ciudadana son conceptos jurídicos indeterminados sobre los que cabe operar en cada caso concreto -- una reducción adecuada si se utiliza un criterio riguroso en la apreciación de los hechos, tal y como hace la jurisdicción penal. La conocida experiencia de que al amparo de la vieja Ley de Orden Público se sancionasen conductas que nada tenían que ver con un concepto material de perturbación o desorden (24) -- sin duda debe cargarse en la cuenta de un régimen político autoritario e intolerante, pero también debe atribuirse a las características propias del ordenamiento administrativo sancionador, entre las cuales no son las menos importantes las que afectan al órgano encargado de apreciar los hechos e imponer los castigos.

Precisamente, en relación con el tema de la apreciación de los hechos, cabe registrar una importante quiebra de la presunción de inocencia, que pretende hacerse derivar del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos y que se concreta en una inversión de la carga de la prueba: el acusado ha de probar su inocencia, en lugar de ser la autoridad gubernativa la encargada de probar su culpabilidad. Bien es verdad que el artículo 24,2º de la Constitución consagra con carácter general la presunción de inocencia y que esta declaración -

24) Así, por ejemplo, cartas de petición, artículos publicados en periódicos extranjeros, discursos en banquetes, etc. etc. L. Martín-Retortillo recoge algunos casos curiosos y significativos en "La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos", Civitas, Madrid, 1975, pp. 55 y ss.

vincula también a la autoridad gubernativa, pero no conviene olvidar que con anterioridad a la ley fundamental existía el artículo 136 de la LPA y el 297 de la LE Crim. y, sin embargo, algunas sentencias vulneraron este postulado fundamental, añadiendo a la carga de accionar la carga de la prueba (25).

En tercer lugar, otra de las peculiaridades que distancian a la sanción administrativa del núcleo garantizador del Derecho Penal y Procesal es la tendencia objetivista que anula o minusvalora las circunstancias personales, lo que hoy adquiere una especial relevancia, porque si existe un elemento en el que la Ciencia jurídico-penal moderna ha profundizado con singular rigor es precisamente el de la culpabilidad. El ordenamiento administrativo sancionador es todavía un Derecho represivo arcaico, basado en la responsabilidad objetiva y del que aún no se ha expulsado el odioso principio del *versare in re illicita*; y si bien es preciso reconocer que un sector de la jurisprudencia -- contencioso-administrativa viene exigiendo el requisito de la culpabilidad (26) (acción imputable cometida con dolo o culpa), no es menos cierto que la apreciación de las circunstancias personales, singularmente del catálogo de atenuantes, se encuentra poco arraigado; contra esta inercia quería enfrentarse el precepto contenido en el artículo 6,2º del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, a tenor del cual las sanciones guber

25) Vid. González Grimaldo, "Potestad sancionadora y carga de la prueba" en Revista de Administración Pública, núm. 53; - Muñoz Machado, "La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: su problemática en materia de sanciones administrativas", Revista Española de Derecho Administrativo, - núm. 11.

26) Vid. García de Enterría, T.R. Fernández, "Curso...", vol. II, cit., p. 161.

nativas serán proporcionadas a las circunstancias personales -- del sancionado.

Otro de los problemas importantes que presentan las sanciones administrativas es el de su gravedad que frecuentemente resulta muy superior a la de las penas. Por fortuna, el artículo 25,3 de la Constitución no deja lugar a dudas: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". Con ello se pone -- fin a una práctica que constituía un verdadero atentado a los -- más elementales principios del Estado de Derecho conocida con -- el eufemismo de "responsabilidad personal subdidiaria". Sin embargo, el problema no concluye con la expulsión del catálogo de sanciones administrativas de esta especie de prisión por deudas, En este sentido, uno de los rasgos más inquietantes de la multa -- ta, que es la sanción característica en materia de orden público, es lo que nos atreveríamos a calificar de tendencia incontenible a la desorbitación de su cuantía. Ya hemos aludido antes al artículo 603 del Código Penal, cuyo intento de poner límites a esa tendencia tan poco éxito ha tenido. Hoy es muy habitual -- que la cuantía de las multas administrativas supere no sólo las autorizadas por el Libro III del C.P., sino también las que se pueden imponer en aplicación del Libro II, es decir, por causa de delito. Resulta ciertamente desconcertante que se castigue -- con más rigor la infracción administrativa que el delito, que -- se fortalezca la posición de la autoridad gubernativa en detrimento de la del juez. Y resulta también inquietante la finalidad confiscatoria de numerosas multas; en ocasiones porque el --

límite máximo es a todas luces excesivo (27) y en otras ocasiones porque, aunque parezca inconcebible, no se establece ningún límite máximo (28).

Ciertamente, el mundo de las sanciones administrativas se halla sometido también al control jurisdiccional, pero de una forma peculiar que reduce peligrosamente el efecto protector de esa suprema garantía que es el poder judicial. La jurisdicción contencioso-administrativo, aunque haya realizado un meritorio esfuerzo por asumir los postulados básicos de la teoría general del delito, según hemos tenido ocasión de ver, se rige por principios muy distintos a los que inspiran el orden penal. Ante todo, el recurso es una carga para el recurrente; frente a la pasividad del condenado en virtud de la ley penal, a quien incluso se le nombra un abogado de oficio, el sancionado debe conocer el Derecho, actuar con agilidad en la interposición del recurso y, en definitiva, soportar todas las cargas de la acción. Es justo destacar, sin embargo, que el artículo 24,1º de la Constitución debe poner fin a esa práctica tan generalizada en el Derecho administrativo sancionador del "solve et repete"(29).

27) Cien millones de pesetas según el artículo 228 de la Ley del Suelo, texto refundido de 9 de abril de 1976, diez millones según el artículo 6,3 del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

28) Por ejemplo, Decreto de 20-XII-74 sobre disciplina de mercados, art. 13,1. A nuestro juicio, este tipo de sanciones son claramente inconstitucionales, no ya porque se definan y delimiten en un Decreto, sino porque vulneran el principio de legalidad, ya que en definitiva se trata de penas indeterminadas; al margen de que con estas multas se puede conseguir finalmente un efecto confiscatorio, que viola el artículo 33, relativo a la propiedad.

29) Debe considerarse inconstitucional el artículo 57,2º e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que consagra con carácter general el principio "solve et repete", así como todas las demás leyes a las que dicho precepto

En definitiva, a partir de una interpretación razonable de los postulados básicos del Estado de Derecho cabe formular numerosas objeciones a la pretendida supervivencia de un Derecho Administrativo sancionador de carácter general; por ello creemos que es lícito preguntarse hasta qué punto y en qué condiciones admite nuestra Constitución la legitimidad de la potestad represiva de la Administración. Y por potestad represiva entendemos aquí la facultad de imponer sanciones de acuerdo con una ley -- previa habilitante, prescindiendo ahora del problema de la competencia normativa de esta materia.

Aclarado este punto, se trata ahora de considerar si la potestad sancionadora ejercida de acuerdo con la ley tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico o, con otras palabras, si la ley que atribuye a la Administración un derecho de castigar en protección del orden general cuenta con el suficiente respaldo de la Constitución. Estimamos que, a pesar del precepto contenido en el artículo 25,3, existe base suficiente para mantener -- una respuesta negativa. En primer lugar, la Constitución consagra sin ningún género de dudas el principio de separación de poderes y una interpretación rigurosa del mismo impide la atribu-

to hace referencia. Debemos señalar, no obstante, que en el antiguo régimen este principio resultaba también inconstitucional, al menos si concedemos que el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado tenía naturaleza constitucional, lo que sin duda es discutible.

Señalemos que días antes de promulgarse la Constitución entró en vigor la Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y cuyo artículo 7,5 establece que "La interposición del recurso contencioso-administrativo suspenderá, en todo caso, la resolución administrativa cuando se trate de sanciones penales reguladas por la Ley de Orden Público, sin necesidad de afianzamiento o depósito alguno ni de los dictámenes a que se refiere el apartado anterior".

ción a la autoridad gubernativa del conocimiento y castigo de las conductas ilícitas. Las sanciones de protección del orden general persiguen la misma finalidad que el Derecho punitivo -- aplicado por los jueces y creemos que constituye una garantía -- indiscutible de la libertad y de la seguridad, exigida por el Estado de Derecho, atribuir carácter exclusivo a la función propia del poder judicial. Y así lo ha debido entender también -- nuestro legislador constituyente, pues el artículo 117,3 está -- redactado en términos categóricos: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo -- ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de -- competencia y procedimiento que las mismas establezcan". Este -- carácter exclusivo y excluyente de la función jurisdiccional se completa con el mandato contenido en el núm. 4 del mismo artículo, redactado de forma no menos vigorosa: "Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho".

En segundo lugar, las dudas sobre la constitucionalidad de las sanciones administrativas puede argumentarse sobre la base del principio "nulla poena sine legale iudicium", recogido en el artículo 24 del texto fundamental: "todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no

confesarse culpables y a la presunción de inocencia; y es evidente que ni el procedimiento sancionador es un juicio con todas las garantías, ni la autoridad administrativa es el Juez ordinario. Una interpretación rigurosa de este principio, constitucionalizado desde dos perspectivas diferentes en los artículos 24 y 117, creemos que debe conducir a la expulsión de la potestad sancionadora de nuestro ordenamiento jurídico, al menos en el plano general del control del ejercicio de los derechos fundamentales.

La solución propuesta resulta, por último, coherente con el régimen jurídico de las libertades públicas que configura la Constitución. A lo largo del Título I se pone de relieve en numerosas ocasiones que cuando el legislador ha previsto una intervención de la autoridad en el ámbito de los derechos fundamentales, ésta se encomienda a los jueces. Así sucede con la inviolabilidad del domicilio, cuyo registro se proscribe "salvo resolución judicial" (art. 18,2); con el secreto de las comunicaciones, que no podrán ser intervenidas "salvo resolución judicial" (art. 18,3); el secuestro de publicaciones que solo podrá efectuarse "en virtud de resolución judicial" (art. 20,5); la disolución o suspensión de asociaciones (art. 24,4), etc. En definitiva, sería coherente que esta judicialización de las libertades públicas se correspondiese con la atribución exclusiva al juez del conocimiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de los derechos fundamentales, así como de cualquier medida sancionadora que, como hemos visto, constituye propiamente una pena.

Ciertamente, esta argumentación ha de hacer frente al pre-

cepto contenido en el artículo 25,3, según el cual "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (30), de donde se deduce, a sensu contrario, que la autoridad gubernativa puede castigar las infracciones con sanciones de otra naturaleza. A nuestro juicio, el precepto comentado admite dos interpretaciones distintas. Puede entenderse, en efecto, que salvo aquellos supuestos, afortunadamente numerosos, en que la Constitución -- atribuye de forma expresa al poder judicial la competencia sancionadora o limitativa en relación con ciertos derechos, la ley puede otorgar competencias sancionadoras a la Administración en materia de libertades públicas. Pero puede entenderse también, y ello sería más coherente con el espíritu del Estado de Derecho, que cuando el artículo 25,3 prohíbe a la Administración la imposición de penas privativas de libertad, está dando por supuesto que la potestad sancionadora legítima ha de ejercerse --

30) Adviértase que el artículo 25,3 pone especial cuidado en -- aclarar que se refiere a la Administración civil y no a la militar, por lo que en el ámbito castrense sí se toleran las sanciones disciplinarias consistentes en privación de libertad. Ello acentúa el carácter unitario del Derecho represivo militar, en el que las fronteras entre el orden penal y el disciplinario (administrativo) se hallan muy difuminadas. Al margen de las objeciones que desde la perspectiva de las libertades públicas y de la seguridad jurídica, puedan hacerse a la supervivencia de un Derecho penal militar con jurisdicción y procedimiento propios, estimamos que la Constitución de 1978 ha perdido una buena oportunidad de expulsar -- del Derecho Administrativo, común o castrense, las sanciones de privación de libertad, al menos en tiempo de paz; éstas únicamente deberían imponerse mediante un juicio con todas las garantías. Vid. Rivero, Robert, Doll, Rosenthal y -- otros, "Les problèmes de l'homme en uniforme", III Colloque de Besançon sur les droits de l'homme en France, Annuaire -- Français des Droits de l'homme, vol. I, A. Pedone, Paris, -- 1974, 369-543. Vid. también, Nuñez Barbero, R., "Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común" en Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal, Universidad de Salamanca, 1971, -- pp. 19-46.

dentro de su ámbito propio, es decir, como medida de autoprotección: sanciones disciplinarias, servicios públicos, etc. Es necesario insistir en que la Constitución no reconoce expresamente una potestad sancionadora de protección del orden general y, por lo tanto, a falta de precepto específico y concluyente, el artículo 25,3 debe interpretarse de acuerdo con todos los demás artículos de la ley fundamental; y ya hemos visto como de éstos se deduce que la función jurisdiccional tiene carácter exclusivo y excluyente.

Sin embargo no parece que nuestro legislador postconstitucional haya acogido esta segunda interpretación favorable a la libertad. Como hemos tenido ocasión de comprobar, el Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana no solo reconoce con carácter general una potestad sancionadora en favor de la Administración, sino que además atribuye a ésta una potestad normativa difícilmente aceptable.

3.- Régimen de simple comunicación o inscripción.

El régimen de simple comunicación o inscripción es, de entre todos los preventivos, el más favorable a la libertad. Satisface principalmente una finalidad de información, advirtiendo a la autoridad gubernativa de la intención de realizar una cierta actividad o de ejercer un determinado derecho, sin que aquella pueda oponerse o establecer condiciones, es decir, excluyendo tanto un control de legalidad como de oportunidad. En este sentido podemos encuadrar el sistema de simple comunicación --

ción en el ámbito del régimen represivo, ya que propiamente el único control que cabe sobre el ejercicio del derecho fundamental tiene lugar a posteriori; es más, la comunicación o registro constituye un complemento muy frecuente del sistema represivo, ya que facilita el conocimiento de las personas que en su caso aparecerán como responsables de los delitos o faltas que puedan cometerse en abuso de las libertades públicas: directores de periódicos, representantes de una asociación, et. Si el fundamento y las consecuencias de este sistema responden a las características del régimen represivo, su procedimiento, en cambio, es de naturaleza preventiva; en primer lugar, porque obviamente la comunicación se efectúa con anterioridad al ejercicio del derecho y por lo tanto la intervención se realiza a priori, y, en segundo término, porque al igual que acontece en el sistema preventivo, corresponde al titular del derecho la carga de comunicar sus intenciones a la Administración.

El Derecho español nos ofrece numerosos ejemplos de este -- sistema de simple comunicación o inscripción, que, como es lógico, no constituye sólo un sistema de control del ejercicio de los derechos fundamentales, sino una técnica administrativa de aplicación general a las más variadas actividades humanas. La Constitución acoge este sistema únicamente en relación con el derecho de asociación, al afirmar el artículo 22,3 que las asociaciones deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. Creemos, sin embargo, que no cabría oponer ninguna objeción de constitucionalidad a una ley que extendiese este régimen al ejercicio de otros derechos para los que, en -- principio, se hubiese previsto un sistema puramente represivo,

ya que la simple comunicación no parece incompatible con este - último, del que resulta habitual complemento, y además ello no afectaría al "contenido esencial" del derecho subjetivo, en los términos del artículo 53,1, ya que en definitiva este requisito no modifica la característica fundamental del régimen represivo en un Estado de Derecho: el control se ejerce por el juez a pos-
teriori.

Por lo que se refiere al derecho de asociación, único para el que la Constitución prevé expresamente un régimen de simple comunicación o inscripción, se ha optado con un buen criterio - por un sistema análogo al de la Ley francesa de 1901, y espere- mos que la interpretación y el desarrollo de este derecho no -- provoque también la polémica surgida en Francia acerca del posi- ble control que cabía reconocer a la Administración en esta ma-
teria y que culminaron con la afortunada sentencia del Tribunal Administrativo de París de 25 de enero de 1971, en el sentido - de que la autoridad gubernativa no puede denegar la inscripción ni la entrega del correspondiente certificado (31). Nuestra Cons

31) Tribunal Administrativo de París, 25 de enero de 1971, Dame de Beauvoir et sieur Leiris c/. Ministre de l'Interieur, Actualité juridique Droit Administratif, 1971, p. 229. El con- tencioso tuvo su origen en la negativa del prefecto de polí- cia a inscribir una asociación denominada "Los Amigos de la Causa del Pueblo" por entender que era la reconstitución de una asociación preexistente disuelta por decreto de 27 de - mayo de 1970. La decisión del Tribunal Administrativo decla- ró que "le Préfet de Police était, dès lors, tenue de leur délivrer le récépissé prévu par l'article 5 de la loi du 1 juillet 1901". Sin embargo, lo que hubiera debido terminar en la inscripción, tuvo su continuación en un Proyecto de - Ley de 24 de junio de 1971 de modificación de la vieja Ley sobre "el contrato de asociación" y que, en síntesis, pre- tendía imponer un régimen de control previo de legalidad -- que, a pesar de encomendarse a la autoridad judicial, fue declarado inconstitucional por resolución del Conseil Cons-

titución, en efecto, completa el régimen de las asociaciones -- con la declaración de que únicamente pueden ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada, lo que viene a excluir cualquier forma de control por parte de la autoridad gubernativa, ni en el momento de la inscripción ni mucho menos con posterioridad. El precepto constitucional modifica a -- nuestro juicio la ley de partidos políticos de 4 de diciembre -- de 1978, que había venido a establecer un régimen análogo al -- que pretendió organizar en Francia el proyecto de ley de 24 de junio de 1971, declarado inconstitucional por el Conseil Constitutionnel y origen de una polémica sobre la libertad de asociación que en definitiva sirvió para fortalecerla. En efecto, la ley de partidos políticos adopta solo aparentemente un régimen de simple comunicación, ya que autoriza al Ministerio del Interior a denegar la inscripción cuando aprecie indicios racionales de ilicitud penal, instando en tal caso, a través del Ministerio Fiscal, la declaración judicial de ilegalidad del partido; se imponía de esta forma un sistema complejo en el que la autoridad gubernativa, sin llegar a detentar una potestad de autorización, gozaba sin embargo de una amplia facultad de apreciación que representaba en definitiva un verdadero control de legalidad, aunque fuese la autoridad judicial quien en última instan-

titutionnel, de 6 de julio de 1971. Todos los cursos de libertades públicas recogen esta importante resolución; vid. además J. Robert, "Propos sur le sauvetage d'une liberté", Rev. du droit public, 1971, pp. 1171 y ss.; Peces-Barba, G. "La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional", Boletín Informativo de Ciencia Política, 1972, p. 57 y s. Ahora en "Libertad, Poder, Socialismo", Civitas, Madrid, 1978, p. 101 y s.

cia habría de decidir sobre la licitud y, en consecuencia, so -
bre la procedencia de la inscripción. Este régimen, declarado -
inconstitucional en Francia, creemos que también lo es en Espa-
ña, ya que, en primer lugar, el fin de la inscripción es exclu-
sivamente de publicidad y por lo tanto no cabe ejercer un con -
trol de legalidad por parte de quien está obligado a inscribir,
esto es, del Ministerio del Interior; y, en segundo lugar, el -
artículo 24 no recoge ninguna cláusula que habilite a la Admi -
nistración a denegar dicha inscripción, por lo que ninguna ley
puede hacerlo, ya que tal proceder supondría una transformación
en el régimen de control del ejercicio del derecho y, por lo --
tanto, afectaría negativamente a su contenido esencial. Ello no
sería obstáculo naturalmente para que la autoridad judicial pue
da en cualquier momento de la vida de la asociación proceder a
su disolución, pero si que ésta posibilidad deba vincularse a -
una inexistente facultad de apreciación por parte del Ministe -
rio del Interior (32).

En cambio, parece mucho más dudoso que éste sea el régimen
adoptado por nuestro ordenamiento en relación con algunas aso -
ciaciones especiales, como es el caso de las confesiones reli -
giosas. Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Reli

32) En este mismo sentido, y con argumentación impecable, vid.
los dos fallos de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de --
1979, relativos a la inscripción de dos sociedades masóni -
cas, confirmados por el Tribunal Supremo en sentencias de 3
de julio de 1979, Repertorio Aranzadi, números 3182 y 3183.
Vid. también la sentencia posterior del Tribunal Constitu -
cional de 2 de febrero de 1981, que estima en este punto el
recurso de amparo sobre la inscripción del Partido Comunis -
ta de España (marxista-leninista). Ponente, Sr. Angel Lato -
rre. Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1981, -
Suplemento al num. 47.

giosa de 5 de julio de 1980, las confesiones deben inscribirse en un Registro público que se crea en el Ministerio de Justicia, cuyos asientos no podrán cancelarse si no es a petición de su representante legal o en cumplimiento de una sentencia judicial firme, pero nada se dice de la posible negativa del Ministerio de Justicia a proceder a la inscripción. Sin embargo, parece -- que tal negativa puede producirse, bien porque en la solicitud de inscripción -la Ley habla de solicitud lo que parece sugerir que la Administración puede denegar la inscripción- se omita la expresión de alguna de las circunstancias requeridas por la ley (datos de identificación, etc.) lo que sin duda es subsanable y no plantea mayor problemas, bien, lo que es mucho más transcendente, porque la autoridad en un control de legalidad, aunque - no referido a la presunta ilicitud penal de los fines, estime - que la asociación no reúne los requisitos exigidos y, más concretamente, porque considere que se halla comprendida en la excepción a que se refiere el artículo 3,2 de dicha Ley: "Quedan fuera del ámbito de protección de la presente ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los estrictamente religiosos".

De esta forma, el sistema de simple comunicación o inscripción que caracteriza a nuestro régimen de asociaciones, parece convertirse en materia de comunidades religiosas en un sistema de naturaleza preventiva. Al margen del juicio que pueda merecernos la excepción establecida en el art. 3,2 (33), debe indicarse que el precepto no es a nuestro juicio muy afortunado ya que ca

carse que las consecuencias de este régimen no son tan graves - como a primera vista pudiera parecer y además tienen una cierta justificación, ya que de la inscripción en el Registro de aso - ciaciones religiosas se derivan determinados beneficios y un -- trato especial por parte del Estado -acuerdos entre el Estado y las confesiones inscritas, posibles ayudas económicas, exencio - nes fiscales, etc.-, lo que no sucede con las demás asociacio - nes. Por otra parte, no existe ningún obstáculo para que, dene - gada la inscripción en este Registro especial, se intente de -- nuevo en el Registro general de asociaciones, sin perjuicio na - turalmente de invocar la tutela jurisdiccional del Derecho, bien mediante el recurso de amparo judicial, bien mediante el recur - so de amparo constitucional (artículo 4º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa).

4.- Régimen de comunicación seguida de prohibición.

Si el régimen que hemos denominado de simple comunicación - tiene carácter represivo, el sistema que ahora nos ocupa es de naturaleza más bien preventiva y tiende muchas veces a confun - dirse en la práctica con el procedimiento de autorización pre - via, pues una vez que la comunicación ha sido depositada ante -

Si todas las confesiones conceden un especial valor a deter - minados fenómenos psíquicos o parapsicológicos, a la vez -- que difunden valores humanísticos o espiritualistas. El pro - pósito del legislador, que parece haber sido evitar fraudes a la ley, merece tal vez elogios, pero la fórmula adoptada exigirá una interpretación rigurosa si no se quiere hacer - de ella un obstáculo insalvable para la inscripción de cier - tas comunidades religiosas, en especial de aquellas que pue - dan parecer extrañas o confusas para una mentalidad occiden - tal, pero de cuya naturaleza religiosa no debe en principio dudarse.

la autoridad gubernativa, ésta puede prohibir, por lo general - dentro de un determinado plazo, el ejercicio del derecho objeto de la comunicación. Aunque en estos casos no se exige que la Administración conceda expresamente la autorización, el hecho de que pueda prohibir o suspender el ejercicio de la libertad conduce a un resultado muy parecido al que se consigue con el sistema de autorización. Bien es verdad, sin embargo, que el espíritu y en cierto modo los efectos de los dos procedimientos presentan también algunas diferencias; en primer lugar, mientras - que en el régimen de comunicación la libertad es la regla mientras no se acuerde la prohibición, en el caso de la previa autorización no puede decirse propiamente que exista un régimen de libertad hasta que no se concede el permiso. En el primer supuesto, el ordenamiento jurídico considera el ejercicio del derecho como una actividad humana irrelevante para la seguridad, - la tranquilidad o la salubridad, pero en atención a la posible concurrencia de ciertas circunstancias, impone al titular la -- carga de comunicar a la Administración su intención de ejercer el derecho, y otorga a esta última la facultad de prohibirlo. En el segundo caso, en cambio, el legislador considera el ejercicio del derecho reconocido por el ordenamiento como habitualmente - peligroso y, en consecuencia, lo prohíbe con carácter general, pero con reserva de excepción que deberá ser apreciada en cada supuesto concreto por la autoridad. Por otro lado, para lograr la autorización es preciso un acto de la Administración, lo que implica que el silencio debe interpretarse negativamente y, en cambio, para ejercer el derecho tras la comunicación, la abstención del órgano administrativo debe considerarse suficiente, lo

que supone que su silencio tiene carácter positivo (34). En definitiva en la primera hipótesis nos hallamos ante una medida de control; en la segunda, ante una medida de publicidad que -- puede, eso sí, ir seguida de una prohibición.

Ya hemos señalado antes que, a nuestro juicio, las asociaciones religiosas quedan sometidas a este régimen. Sin embargo, el supuesto más característico de comunicación no meramente informativa que nos ofrece nuestra Constitución en materia de libertades públicas es el de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. En estos casos, dice el artículo 212, "se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del or-den público, con peligro para personas o bienes". No es preciso insistir en que tanto las personas o bienes son conceptos jurídicos^{indeterminados}, pero perfectamente determinables en cada caso concreto -

34) Vid. Livet, "L'Autorisation administrative préalable et les Libertés Publiques", cit., p. 25. Naturalmente estas afirmaciones responden a un esquema teórico que en muchos casos no se ve respetado en la práctica. Así, por ejemplo, el artículo 5,4 de la Ley de 29 de mayo de 1976, reguladora del derecho de reunión, establecía que la autorización para celebrar reuniones en lugar abierto al uso público "se entenderá concedida si la resolución no hubiere sido notificada expresamente en el término establecido en el apartado anterior", que era de cinco días. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el silencio negativo y el positivo son de distinta naturaleza, pues mientras que el primero tiene efectos esencialmente procesales -facilitar la interposición-- del recurso contencioso-administrativo-, el segundo se configura más bien como una simple técnica de intervención administrativa. Vid. sobre esta cuestión, Garrido Falla, "La llamada doctrina del silencio administrativo", Rev. de Administración Pública, 16; Martín Mateo, "Silencio administrativo y actividad autorizante", Rev. de Administración Pública, 48; García de Enterría, "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", Rev. de Administración Pública, 47; García de Enterría, Fernández, T.R., Curso..., cit., vol. I, p. 498 y s.

(35), y que además, según el tenor del artículo 21,2, deben aparecer conjuntamente; es decir, que las razones fundadas deben referirse a la alteración del orden y al peligro concreto para las personas o bienes.

Naturalmente, la decisión de la autoridad gubernativa es -- justiciable, pero en esta materia no resulta demasiado eficaz -- cuando la ley no prevé un procedimiento rápido de impugnación -- ante el juez, ya que en condiciones normales la decisión de éste se producirá cuando la reunión o manifestación en muchos casos ha perdido sentido. Por ello hemos de lamentar que las Cortes Constituyentes no tomasen en consideración un voto particular presentando al artículo 21 por el ponente socialista. El interés que presenta este procedimiento y la posibilidad de generalizarlo a otros supuestos merece que lo transcribamos literalmente: "Las reuniones en la vía pública y las manifestaciones -- se comunicarán previamente, con setenta y dos horas de antelación, a la autoridad gubernativa. Si ésta considerase que la -- realización de tal acto podría producir graves alteraciones con peligro para las personas y los bienes, podrá denegar la autorización en un plazo máximo de veinticuatro horas desde la solicitud por medio de una resolución motivada. Inmediatamente remitirá el expediente y la resolución al juez de guardia del lugar, quien en un plazo de veinticuatro horas convocará al representante de la Administración y al que designaren los solicitantes a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oirá a am-

35) Vid. García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades -- de poder en el Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, -- 1974.

bas partes y resolverá sin ulterior recurso sobre el manteni --
miento o revocación de la prohibición".

"Para este supuesto son hábiles todas las horas del día y -
de la noche"(36).

Lógicamente, la Constitución ha derogado la Ley reguladora
del derecho de reunión de 29 de mayo de 1976, que establecía un
régimen de simple comunicación para las reuniones públicas en -
local cerrado, hoy totalmente libres, y de autorización previa
para las que se celebrasen en lugares abiertos, hoy sometidas -
al régimen indicado en términos mucho más rigurosos para la Ad-
ministración, por lo que en estos momentos el derecho carece de
un desarrollo legislativo postconstitucional.

5.- Régimen de autorización previa.

La técnica autorizatoria es tal vez la más conocida de cuan-
tas puede adoptar el sistema preventivo de control del ejerci -
cio de los derechos fundamentales. Como señalábamos al comienzo
de este epígrafe, el régimen de comunicación o inscripción cons-
tituye un sistema intermedio que en la práctica produce unos --
efectos análogos al régimen represivo, pero que en su funciona-
miento se asemeja más al procedimiento preventivo. En cambio, -
el sistema de comunicación seguido de prohibición supone un gra

36) En la actualidad, existe la vía impugnatoria establecida --
por la Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre protección ju -
risdiccional de los derechos fundamentales de la persona. -
Por otra parte, la enmienda núm. 225 al artículo 14 del Pro-
yecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, del grupo so-
cialista, insistía en los mismos criterios sostenidos por -
el voto particular aludido.

do más de control y en ocasiones resulta difícil de diferenciar del régimen que ahora nos ocupa. En este sentido, conviene advertir que cuando hemos adoptado esta clasificación de los procedimientos de control del ejercicio de los derechos, atribuyendo al de comunicación seguido de prohibición un carácter más liberal que al de autorización previa, estamos ateniéndonos a un criterio puramente convencional sobre la base de la mayor o menor intervención de la autoridad pública, pero en modo alguno formulamos un juicio de fondo. Evidentemente, si la autorización constituye un acto administrativo perfectamente reglado y que únicamente puede denegarse en unos pocos supuestos tasados por la ley y, en cambio, la prohibición puede efectuarse en numerosos supuestos configurados además de forma ambigua o con cláusulas analógicas, entonces este último sistema será mucho menos favorable a la libertad que el de autorización, teóricamente más intervencionista.

A nuestro juicio, la nota distintiva de la técnica autorizatoria en materia de libertades públicas se concreta en la transformación que experimentan los derechos afectados por la misma. Las libertades cuyo ejercicio se condiciona a la obtención de una autorización previa son "libertades retenidas" por la Administración, en el sentido de que su titular no puede disfrutar de ellas cuando lo estime oportuno y en los términos deseados; es "propietario" del derecho porque éste le viene reconocido en el ordenamiento jurídico, pero carece de su "posesión" ya que el ejercicio de la libertad se condiciona a un acto previo de la Administración. Cuando del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre limitados por el Derecho, se rinde cuentas a

posteriori se puede hablar de un ejercicio autónomo; por el -- contrario, cuando la técnica autorizatoria condiciona la libertad, podemos estimar que su ejercicio es heterónomo,

Conviene advertir, sin embargo, que la técnica autorizatoria adopta formas tan variadas que en ocasiones resulta difícil hablar de un verdadero derecho subjetivo preexistente; en especial, cuando las licencias, habilitaciones, permisos, visados... no constituyen actos reglados de la Administración, o - cuando no pueden concederse más que un número limitado, lo que excluye la existencia de un derecho fundamental, resulta difícil mantener el esquema tradicional. No obstante, creemos que en materia de libertades públicas el sistema de previa autorización mantiene en general sus tradicionales características: desde el punto de vista del titular, existe un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico; desde el punto de vista de la Administración, se trata del levantamiento de una prohibición.

En cualquier caso y sin perjuicio de reconocer la enorme - expansión de las técnicas autorizatorias, en especial de aquellas que se construyen sobre un principio de discrecionalidad administrativa y que lejos de servir para el control del ejercicio del derecho satisfacen un propósito de orientación de la - actividad privada en determinado sentido, podemos afirmar que en el sistema de libertades públicas configurado por nuestra - Constitución, la autorización juega un papel irrelevante. Como hicimos notar más arriba, el régimen represivo es regla general y las únicas excepciones constitucionales hacen referencia a otras técnicas, bien de inscripción, bien de comunicación, -

pero lo cierto es que para ningún derecho de los reconocidos en el Título I nuestra Constitución exige la previa autorización administrativa. Ello no quiere decir, sin embargo, que el ordenamiento jurídico no conozca algunos supuestos de autorización relativos al ejercicio de libertades públicas, cuyo examen se ría más procedente en un trabajo sobre la "parte especial" de los derechos fundamentales, ya que presentan peculiaridades diferenciadas en cada supuesto.

6.- Sistema de prohibición o suspensión.

La prohibición o suspensión del ejercicio de un derecho fundamental constituye la actitud más dura y restrictiva que puede adoptar la autoridad en relación con las libertades. Lógicamente, no nos referimos a la prohibición del derecho por el ordenamiento jurídico, pues en este caso no cabe hablar de existencia de la libertad, sino de la atribución a la Administración o, — más en general, a la autoridad pública, de una facultad de prohibir o suspender en determinadas circunstancias el ejercicio de un derecho. Esta técnica se diferencia del régimen represivo — porque su fundamento no es castigar una conducta ilícita mediante la imposición de una pena o sanción, sino suspender, normalmente en atención al mantenimiento del orden público, el ejercicio de una libertad o derecho; y, en segundo lugar, porque la prohibición tiene carácter preventivo y por lo tanto se actúa a priori: o bien antes de que el titular ejerce su derecho o bien durante la realización del mismo, pero nunca después, A su vez,

se diferencia del sistema preventivo en que mientras que éste - supone una acción del individuo en dirección a la autoridad, la técnica de la prohibición excluye esta gestión voluntaria del titular del derecho; antes al contrario, consiste en una intervención unilateral y preventiva por parte de la Administración. En definitiva, así como la suspensión constituye una técnica restrictiva en un contexto de libertad, la autorización previa es una técnica permisiva en un contexto de prohibición (37).

Por otra parte, la prohibición del ejercicio de un derecho fundamental es compatible con cualquiera de los sistemas de control antes señalados; nada impide, por ejemplo, que autorizada una manifestación, luego ésta sea suspendida si durante su desarrollo se aprecian actitudes violentas y peligrosas para las -- personas o las cosas, ni que, posteriormente, los responsables puedan ser sancionados. Pero esta técnica, al igual que el sistema represivo, resulta especialmente compatible con el régimen que hemos llamado de simple comunicación y que la doctrina francesa llama "déclaration-enregistrement", pues lógicamente este trámite permite a la autoridad gubernativa ponderar las circunstancias y, en su caso, organizar los medios adecuados para evitar las perturbaciones del orden público; bien entendido que, a nuestro juicio, la comunicación seguida de prohibición constituye un sistema distinto y autónomo, pues en tal supuesto la prohibición aparece legalmente vinculada al acto de la declaración, mientras que en el caso que nos ocupa la suspensión se sitúa al

37) Sobre la tradicional concepción de Otto Mayer de la autorización como técnica permisiva en un contexto de prohibición, vid. Livet, "L'Autorisation administrative préalable et les Libertés publiques", cit., p. 17 y s.

margen de cualquier trámite que haya podido realizar el titular del derecho.

Siendo la técnica de prohibición o suspensión compatible — con cualquiera de los sistemas de control del ejercicio de los derechos fundamentales, toda libertad puede ser susceptible en principio de verse afectada por una norma que autorice a la Administración a intervenir unilateralmente en su ejercicio. Se trata, evidentemente, de una suspensión concreta e individualizada y no de un poder general que exigiría la atribución de una potestad normativa en favor de la Administración que, como es obvio, no existe, ya que nuestro texto constitucional encomienda a la ley, ordinaria u orgánica, el desarrollo de los derechos fundamentales y, en coherencia con ello, reserva al Congreso de los Diputados la adopción de cualquier medida que implique suspensión de derechos, bien con carácter general (art. 55,1) bien con carácter individualizado (art. 55,2). No obstante, puede resultar peligroso el artículo 5 del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana cuando reconoce a la autoridad gubernativa la potestad de dictar órdenes o prohibiciones de carácter general; no se trata de poner en duda la competencia que en esta materia corresponde a la Administración, pero sí conviene señalar que aquélla no se extiende al ámbito de las libertades públicas, lo que supone que las prohibiciones aludidas no deberán tener por objeto ninguno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Ha de ser la ley, orgánica u ordinaria, a tenor de lo establecido en los artículos 53,1 y 81,1, quien habilite toda actuación restrictiva de la Administración en relación con las libertades públicas.

Por otro lado, se plantea el problema de si la autoridad gubernativa precisa en relación con cada derecho una habilitación concreta para prohibir su ejercicio cuando concurren determinadas circunstancias o, por el contrario, basta con la cobertura general que ofrece la Constitución en su artículo 104 (38) y la LOSC (artículo 5). En el Derecho francés, en esta ocasión más atento a la protección de la sociedad que al aseguramiento de las libertades, se ha impuesto esta última solución, y el Consejo de Estado estima que, en ausencia de toda reglamentación, -- persiste la potestad de interdicción sobre la base de los poderes de policía general reconocidos a las autoridades responsables del mantenimiento del orden (39).

Esperemos que no sea ésta la doctrina que se imponga en -- nuestro país, porque de lo contrario las consideraciones que -- puedan hacerse acerca del régimen preventivo y represivo y de -- las garantías que deben reunir como sistemas de control del -- ejercicio de las libertades perderían todo su sentido. La concesión a la autoridad gubernativa de estas facultades exorbitantes resulta incompatible con la vigencia de un sistema verdaderamente protector de las libertades; es verdad que este poder, como todos los de la Administración, se halla sujeto al control jurisdiccional, pero no es menos cierto que la sentencia puede

38) "Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia -- del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana".

39) Vid. Robert, "Libertés Publiques", cit., p. 107; Madiot -- "Droits de l'homme et libertés publiques", cit., p. 122; Li -- vet, "L'Autorisation administrative...", cit., p. 18-19. Re -- soluciones del Consejo de 19 de Mayo de 1933 y 18 de diciem -- bre de 1959.

llegar demasiado tarde; al margen de que la existencia de un -- eficaz control jurisdiccional no justifica en principio la atribución a la autoridad gubernativa de facultades excesivamente -- intervencionistas en el ámbito de las libertades públicas.

Lógicamente, la Constitución no confiere a la autoridad gubernativa un poder general para suspender el ejercicio de los -- derechos fundamentales y, en consecuencia, interpretamos que -- tal actitud le está vedada, ya que toda limitación o restric -- ción de la libertad debe contar con una específica cobertura: -- los derechos inviolables constituyen el fundamento del orden pú -- blico y de la paz social, dice el artículo 10,1, y deben ser -- por lo tanto la regla general, mientras que toda actividad limi -- tadora ha de concebirse como excepcional. Ciertamente, el artí -- culo 104,1 contiene una habilitación genérica, como ya hemos -- visto, pero el propio precepto, en su número 2º, remite a una -- ley orgánica la determinación de las funciones y principios bá -- sicos de actuación. Esta solución responde además a la propia -- lógica del sistema: si el legislador constituyente se ha preocu -- pado de establecer un sistema riguroso de fuentes de los dere -- chos, reservando a las Cortes Generales su concreto desarrollo, exigiendo incluso en ocasiones un quorum especial, si consagra, en un loable afán garantizador, un sistema represivo de control del ejercicio de las libertades, encomendando al juez la fun -- ción sancionadora, si, en definitiva, nuestra Constitución en -- multitud de preceptos se cuida de precisar que es a los jueces a quienes corresponde adoptar toda medida restrictiva o suspen -- siva en relación con los derechos fundamentales (40), parece --

40) Vid. por ejemplo, arts. 18,2; 18,3; 20,5; 22,4...

ilógico que al final diésemos entrada en el sistema a una competencia general de prohibición o suspensión en favor del poder ejecutivo, que no se caracteriza precisamente por su defensa de la libertad. Por otro lado, el hecho de que en el Proyecto de Ley Organica de Seguridad Ciudadana se haya previsto de forma específica las situaciones y derechos en relación con los cuales cabe la suspensión o prohibición por parte de la autoridad gubernativa, creemos que debe interpretarse en el sentido de que en los casos no previstos se excluye dicho proceder. Es verdad que el artículo 5 reconoce la potestad de dictar órdenes o prohibiciones con el fin de mantener el orden público, pero debe estimarse que este principio general no puede afectar a las libertades públicas en términos más amplios que los concretamente especificados en los artículos siguientes de esa misma ley.

II. LA SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. Derechos fundamentales y crisis del Estado.

La suspensión de los derechos fundamentales puede definirse como el levantamiento provisional de las obligaciones que para los poderes públicos generan algunos derechos fundamentales. Dicha suspensión no supone una genérica pérdida de vigencia de tales derechos frente a todos los sujetos obligados sino únicamente frente a los poderes públicos; cuando se suspenden las garantías de la libertad personal no supone que se legalice siquiera provisionalmente las detenciones ilegales sino sólo -- que la autoridad podrá proceder a la detención sin sujetarse a las garantías establecidas por la ley. En este aspecto, bien -- puede decirse que el problema de la suspensión de los derechos fundamentales se halla tradicionalmente vinculado a la propia -- subsistencia de las instituciones estatales; entre los priva -- dos, en las relaciones jurídico-privadas, no cabe hablar de suspensión de los derechos fundamentales. De la misma forma que -- tampoco cabe plantear esta cuestión en aquellos sistemas jurídico-políticos en los que no se reconocen y tutelan tales derechos. Como indica Morelli (41), el problema que nos ocupa sólo se plantea en el Estado democrático de Derecho, es decir, en -- aquel que reconoce un catálogo de derechos fundamentales y que sin embargo autoriza su sacrificio provisional en orden a la -- conservación del propio orden político. Ello no quiere decir, -

41) Morelli, G., "La sospensione dei diritti fondamentale nello Stato Moderno. La legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana", Giuffré, Milano, 1966 p. 2 y s.

no obstante, que el origen remoto de la suspensión de ciertas garantías y la alteración del sistema de competencias ordinarias dentro del Estado no pueda buscarse en periodos anteriores; concretamente en la tradición teórica y práctica en torno a la institución de la Dictadura.

En este sentido, dice Pérez Serrano de la Dictadura que parece como si bajo un denominador común, arbitrario en absoluto, o al menos de justeza sólo superficial, se hubieran agrupado -- instituciones distintas y hasta contradictorias (42), y ciertamente es difícil proponer una definición igualmente válida para los dictadores romanos, los "condottieri" medievales y los caudillos modernos; se trata, por otro lado, de una cuestión que nunca ha dejado de estar presente en la historia del pensamiento político, de Maquiavelo a Hobbes, de Locke a Rousseau, pero respecto de la cual no sólo se muestran diferentes juicios de valor, sino incluso diferentes caracterizaciones (43). Prescindiendo de otras matizaciones, aquí conviene aludir a la ya clásica distinción entre Dictadura soberana y Dictadura comisoría, en cuanto que, como hemos indicado, la suspensión de los derechos fundamentales requiere su previa existencia, esto es, requiere la previa decisión constitucional de incorporarlos al ordenamiento jurídico; dicha distinción no se funda tanto en la amplitud o intensidad de los poderes atribuidos al dictador --- cuando en su finalidad, duración y naturaleza. Lo que caracteri

42) "Tratado de Derecho Político", Civitas, Madrid, 1976, p.427.

43) Vid. Schmitt, C., "La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria", trad. de J. Díaz, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

za a la dictadura comisoría es que su finalidad consiste paradójicamente en defender el orden jurídico suspendido; no se dirige a instaurar una nueva Constitución, un régimen político - diferente, sino a eliminar las dificultades que se oponen al normal funcionamiento del sistema vigente. Por ello mismo, su duración es por definición transitoria y carece de una vocación de perpetuarse. De ahí también que los poderes del dictador sean subordinados y derivados, no originarios; en una democracia, la soberanía corresponde al pueblo y, por amplias que sean las atribuciones del dictador, su poder será siempre derivado. En realidad, creemos que sólo en estos casos cabe hablar de dictadura en sentido propio, porque, como dice Fischbach, - desde el momento en que el dictador tiene derecho a serlo, ocupa un puesto comparable al del soberano (44). Cuando el soberano actúa como un dictador se convierte más bien en un tirano. Tiranía es, según Locke, "el ejercicio del poder fuera del Derecho, cosa que nadie debe hacer" (45). Por lo tanto, el origen remoto de los procedimientos modernos de defensa constitucional debe buscarse, no en cualquier forma de dictadura, sino precisamente en esa fórmula comisoría que, según parece, comienza a utilizarse en Roma a mediados del siglo III (a.C.) y que consistía en poner el mando militar en manos de un "magister populi", cuyos poderes eran en lo esencial los mismos que los de los cónsules, pero sin las restricciones de la colegialidad --

44) "Derecho Político general y constitucional comparado", --- trad. de W. Roces, Ed. Labor, Barcelona, 1928, p. 40.

45) Vid. "Ensayo sobre el gobierno civil", trad. de A. Lázaro, Aguilar, Madrid, 1969, capítulo XVIII, p. 152.

dad, la intercesión y la provocación (46).

Sin embargo, la tendencia hacia la limitación y juridificación del poder que caracteriza al Estado de Derecho se ha proyectado también en este espinoso capítulo de la defensa del Estado en periodos extraordinarios y, en realidad, la regulación moderna del estado de sitio sólo puede compararse a la dictadura comisoria en el sentido de que ninguna de las dos instituciones comprometen la soberanía. Como señala García Pelayo, recordando a Barthelemy, "la primera etapa del constitucionalismo consiste en limitar el poder en los periodos normales"; pero, como en los casos de crisis se abandonan esas limitaciones y momentaneamente se vuelve al antiguo despotismo, "el proceso posterior condujo a una especie de derecho público de los periodos de crisis tratando de conciliar el derecho establecido y los derechos del ciudadano con la exigencia de mantener el orden en tiempos turbulentos" (47). En este aspecto, creemos que hoy es posible formular una nueva distinción entre dictadura en sentido propio y estado de sitio; distinción que, en cierto modo, se halla presente incluso en Reusseau, cuando en el capítulo VI del Libro IV del Contrato Social (48) dice que si para remediar los graves peligros basta con aumentar la actividad del gobierno, se le concentra en uno o dos de sus miembros, de modo que "no es la autoridad de las leyes lo que se -

46) Vid. Von Mayr, R., "Historia del Derecho Romano", trad. de W. Roces, Ed. Labor, Madrid, 2ª edición, 1930, vol. I, p.78.

47) "Derecho Constitucional Comparado", Revista de Occidente, Madrid, 1967, p. 168.

48) Utilizo la edición de Alfaguara con traducción de S. Masó publicada en el volumen "Escritos de Combate" donde se recogen otros trabajos de Rousseau, Madrid, 1979, p. 511.

altera sino únicamente la forma de su administración". Pero añade que "si el peligro es tal que el aparato de las leyes es un obstáculo para arrostrarle, entonces se nombra un jefe supremo que haga enmudecer todas las leyes y suspenda por un tiempo la autoridad soberana". Ese jefe supremo es en verdad un dictador, pero en el planteamiento de Rousseau no ostenta la soberanía ya que si bien puede hacer callar la autoridad legislativa, no puede hacerla hablar, "todo puede hacerlo, excepto leyes".

Que el dictador no sea titular de la soberanía no parece, - sin embargo, una garantía suficiente cuando en la práctica se - le reconoce la facultad de silenciar la voz de la voluntad general y, por ello, en el Estado de Derecho se preven otras muchas cautelas y, en definitiva, se limita el propio poder de quien - en principio estaba llamado a ostentar un poder absoluto. De -- ahí que en los modernos Estados constitucionales haya desaparecido la institución de la dictadura y se hable de estado de excepcción, de guerra, de sitio, etc., que a su vez han sufrido -- también una importante evolución en el sentido ya indicado de - justificar los medios de defensa del Estado (49). La dictadura padece hoy un notorio desprestigio en cuanto que se identifica simplemente con los sistemas totalitarios en los que la ausencia de libertades y la concentración del poder no se concibe juridícamente como un paréntesis para salvar la Constitución, sino como un régimen con vocación de permanencia indefinida y, por

49) Vid. Cruz Villalón, "El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)", C.E.C., Madrid, 1979; Fernández Segado, E., "El estado de excepción en el Derecho constitucional español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

supuesto, carente de toda legitimidad de origen; en este aspecto puede decirse que la dictadura moderna es una dictadura soberana, ya que, por regla general, no sólo hace callar a las leyes, sino que también las hace hablar.

Cuando se deja de concebir el Estado como la encarnación del espíritu, cuando el orden y la tranquilidad no se comprenden como las únicas finalidades de la asociación política y, en fin, cuando se activa de modo consecuente el principio de soberanía popular, la salvación del Estado no puede elevarse a la categoría de "suprema lex". Como indicábamos en el primer capítulo, ninguna forma de organización política es neutral, ya que todas pretenden satisfacer determinados objetivos, pero, en particular, el Estado social y democrático de Derecho definido en nuestra Constitución proclama como finalidad la realización de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, lo que significa que explícitamente se configura como un instrumento al servicio de ciertos valores, que son distintos de aquellos que pueden garantizar la mera existencia de organización política, es decir, que no se circunscriben al puro orden o seguridad. Pero todo Estado tiende a perpetuarse y a protegerse frente a cualquier agresión, lo que puede lograrse por la simple vía de hecho o bien, como sucede sobre todo a partir de 1848 (50), juridificando los procedimientos de defensa. El Estado de Derecho fundado en el principio democrático no es una excepción; es más, incluso diríamos que pretende ostentar una legitimidad superior para defenderse en cuanto

50) Vid. Cruz Cillalón, "El estado de sitio..", cit., p. 367 y s.

que los derechos fundamentales en que se concretan la libertad y la igualdad suponen una institucionalización de la resistencia y responden al propósito de integrar dentro del orden jurídico las manifestaciones de heterodoxia, o sea, la opinión de las minorías. Sin detenernos ahora en una reflexión genérica -- sobre la violencia, parece evidente que el Estado contemporáneo, más relativista que el del Antiguo Régimen, no se propone ordenar las conciencias y conductas de los ciudadanos con arreglo a unos valores predeterminados y sin posibilidad de cambio. Por supuesto, el partido político que gana las elecciones aplica su programa y no el de las minorías opositoras, pero lo que desde una perspectiva democrática legítima al orden jurídico -- es que esas minorías disfrutaran de libertad para expresarse, -- reunirse, asociarse, etc., y, en segundo lugar, que se asegure la periódica consulta a la voluntad popular y con ello se hace posible que las minorías se transformen en mayorías. Por eso, en este aspecto de la legitimidad y no en el de la eficacia, -- puede afirmarse que el Estado de Derecho tiene mucha mayor razón para defenderse que cualquier otro en el que la disidencia sólo dispone del camino de la violencia. Siempre existirán obstáculos materiales al ejercicio de la libertad y de la participación, que derivan de la desigualdad real dentro de la sociedad civil, pero lo que distingue a un Estado de Derecho de -- otras formas políticas es que en aquel se institucionaliza la resistencia, se abren las vías jurídico-políticas que permiten la integración de las minorías que, si optan por la violencia, carecerán de la legitimación que proporciona la ausencia de -- procedimientos jurídicos para la exposición libre de sus ideas

e incluso para su realización práctica a partir del ejercicio de la democracia.

Sin embargo, lo que caracteriza al Estado de Derecho, y concretamente al definido por nuestra Constitución, es que no puede defenderse a cualquier precio; mejor dicho, ese precio no puede consistir nunca en su autodestrucción como Estado de Derecho. Si se decreta el toque de queda indefinidamente, si se encarcela a los disidentes, si se ejecuta sumariamente a los revoltosos no cabe la menor duda de que el Estado se salvará, pero ya no será un Estado de Derecho, sino de tranquilidad, de esa tranquilidad que sólo sabe proporcionar el miedo. De ahí que en un sistema de libertades no sea tolerable cualquier recurso extraordinario para la defensa del Estado. Sobre la cuestión existe una abundante bibliografía (51), pero creemos que en este punto las exigencias del Estado de Derecho pueden sintetizarse en las seis condiciones enunciadas -- por el profesor Peces-Barba, a saber: muchos derechos nunca pueden estar comprendidos en esa suspensión temporal; las causas que pueden justificar esas suspensiones han de estar apro

51) A título meramente indicativo, y además de las obras recientes de Fernández Segado y Cruz Villalón, ya citadas, cabe mencionar los trabajos de Camus, "L'état de nécessité en démocratie", Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, París, 1965; Drago, R., "L'état d'urgence et les libertés publiques", Revue de Droit Public, 1955, p. 670 y s; Dran, M., "Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques", Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1968; Jimenez de Parga, M., "La V República francesa: una puerta abierta a la dictadura constitucional", Tecnos, Madrid, 1958; Vught, G., "La conciliation de la liberté individuelle et la sécurité de l'Etat en Droit Français", Ed. Cujas, París, 1963; Morelli, "La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato Moderno", citado.

badas por una ley o por la propia Constitución y deben ser claras y concretas, sin posibilidad de interpretación equívoca; - la declaración del estado de excepción o de cualquier otro que lleve consigo la suspensión de derechos fundamentales debe ser sometida al control del poder legislativo; la limitación de -- los derechos debe ser reducida en el tiempo y sin posibilidad de prórroga; durante el periodo de suspensión, debe mantenerse el normal funcionamiento de los poderes públicos y, en particu-- lar, del Parlamento y del Poder Judicial; finalmente, una vez terminada la situación excepcional la autoridad responsable -- del ejercicio del poder en ese periodo tiene que someter su -- gestión al control del poder legislativo y responder no sólo - políticamente sino incluso en la vía judicial por los abusos - que haya podido cometer (52).

En términos generales puede decirse que la regulación cons-- titucional de esta materia respeta las exigencias mínimas que acabamos de señalar como postulados de toda sociedad democráti-- ca, tratando de hacer compatible el respeto a la libertad con las situaciones anómalas o patológicas en la vida del Estado, que ciertamente requieren un Derecho extraordinario o excepcio-- nal, pero que en modo alguno suponen una actuación discrecio-- nal o arbitraria del poder, en la medida en que, como veremos, es el propio orden jurídico el que establece las condiciones y el alcance de las medidas restrictivas. Conviene insistir en - esto: la suspensión de los derechos y libertades a que alude - este epígrafe no es la consecuencia de un bando de guerra, si-

52) "Derechos fundamentales", 3ª edición, Latina, Madrid, 1980.

no que, por el contrario, es el ordenamiento jurídico el que, sin rupturas, sin alterar su propia naturaleza, autoriza una limitación provisional en el ejercicio de determinados derechos públicos en aras precisamente de la conservación de las instituciones que configura la ley fundamental.

De la suspensión de los derechos fundamentales se ocupa -- nuestra Constitución en el Capítulo V del Título I, concretamente en su artículo 55, estableciendo dos modalidades distintas: 1) la tradicional suspensión de las garantías constitucionales, de carácter general, y que viene requerida por la adopción del estado de excepción o de sitio; y 2) la suspensión individualizada de ciertos derechos, modalidad ésta poco conocida en el Derecho Comparado, que carece de precedentes en el Derecho español, y que no se vincula a las previsiones del art. 116.

Antes de describir las características de estas dos modalidades, conviene llamar la atención acerca de la sistemática -- constitucional, ya que ha sido bastante criticada. Por otra -- parte, se ha censurado su inclusión en el Título V, argumentando que no es materia que en su esencia se refiera al juego de los distintos poderes del Estado (53); por otra, se ha creído inadecuada la regulación separada de las causas --los estados -- excepcionales del art. 116-- y de los efectos --la suspensión de los derechos y libertades del art. 55-- (54). Ciertamente, no --

53) Santamaría, J, "Las relaciones entre Gobierno y Cortes en el Anteproyecto" en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", CEC, Madrid, 1978, p. 122; Alzaga, O, "Constitución española, comentario sistemático", Ed. del Foro, Madrid, 1978, p. .

54) Fernández Segado, F., "Los estados de excepción en el Anteproyecto Constitucional" en "Estudios sobre el Proyecto de

existe una ubicación uniforme en el Derecho Comparado y, en cambio, en nuestro Derecho histórico, con la excepción de la Constitución de 1812, el tema ha sido regulado siempre en el capítulo de los derechos y libertades. En realidad, aceptando de antemano que la cuestión es secundaria, estimamos que todos tienen su parte de razón, incluso el legislador constituyente. Porque si convenimos en que lo característico de la institución son -- sus efectos, parecería lógica su reglamentación en el Capítulo I, artículo 55, ya que ciertamente la consecuencia más sobresaliente, aunque no la única, de los estados excepcionales es la suspensión de ciertos derechos. Si aceptamos que lo esencial de esta figura, lo que define su naturaleza, es la finalidad u objetivo que persigue, resultaría de mejor defensa la tesis del prof. Alzaga, según la cual el tema podía haber sido abordado -- en un título propio que llevase el rótulo genérico de defensa -- de la Constitución y que diese cabida a un capítulo sobre la defensa política y a otro sobre la defensa jurídica, que es la razón de ser del Tribunal Constitucional. Pero si estimamos, en fin, que la singularidad de los estados excepcionales en nuestra Constitución es que suponen una habilitación del Congreso -- en favor del Ejecutivo, al que se le concede un ámbito de libertad superior al ordinario que altera la distribución normal de competencias, entonces la sistemática constitucional ya no parece tan recusable.

Resulta significativo, en primer lugar, que la Constitución

Constitución", CES, Madrid, 1978, p. 86-87. En el mismo sentido, una enmienda de Alianza Popular solicitaba la refundición de ambos preceptos, si bien en el art. 97, hoy 116; enmienda núm. 2 de Don Antonio Carro.

haya renunciado a determinar las causas o circunstancias de hecho que justifican la declaración de los estados excepcionales, sin que ni siquiera establezca unas pautas generales que sirvan de orientación al legislador. Es cierto que las enumeraciones cerradas y taxativas pudieran resultar aquí especialmente peligrosas, ya que la realidad social suele ser más rica que la cauística del legislador, y seguramente, si se hubiese constitucionalizado un catálogo exhaustivo de causas, el instituto que contemplamos, sometido ya a más cautelas y garantías de lo que es habitual en Derecho comparado, hubiese devenido ineficaz por su excesivas limitaciones, difícilmente compatibles -- con el espíritu mismo del Derecho excepcional; y por otro lado, también es cierto que las cláusulas generales no siempre resultan verdaderamente vinculantes, ya que con frecuencia se acepta una mayor o menor discrecionalidad en la apreciación de las causas que motivan los estados excepcionales. Como indica Cruz (55) estas descripciones son siempre ineludiblemente tan genéricas que lo que verdaderamente importa es quién aprecia la -- presencia de esos supuestos y esto ya viene regulado detalladamente en la Constitución. En cualquier caso, el silencio adoptado por nuestro legislador constituyente, que por lo demás -- tampoco es inédito en el Derecho Constitucional (56), no soluciona los peligros aludidos pues la ley orgánica correspondiente no tiene más remedio que tipificar los supuestos de hecho -- que justifican la excepcionalidad. No obstante, insistimos en

55) Cruz Villalón, "La protección extraordinaria del Estado", - cit., p. 662.

56) Ni la Constitución francesa de 1958 ni la portuguesa de 1975 hacen mención de causas o circunstancias.

que no hubiese sido perturbador señalar ciertas orientaciones a la ley orgánica, exigiendo al menos dos requisitos: que exista una grave amenaza para la seguridad del Estado y que dicha amenaza resulte imposible de conjurar a través del normal funcionamiento de las instituciones democráticas. Por último, el haber señalado estas orientaciones, estableciendo algún criterio de diferenciación entre los motivos que justifican el estado de excepción y aquellos que legitiman la declaración de estado de sitio, hubiese sido útil para delimitar con mayor nitidez la frontera entre ambos institutos, tarea que casi por completo ha quedado diferida a la ley orgánica (57). Esta, con un criterio bastante razonable, ha venido a establecer un catálogo de causas y circunstancias diferenciadas que justifican la declaración de cada uno de los estados excepcionales (58). Con ello se ha superado el recusable sistema que contenía el frustado Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana presentado por el Gobierno en septiembre de 1979, de acuerdo con el cual todos los supuestos de excepcionalidad giraban en torno a los conceptos de alteración del orden público y de peligro para la seguridad ciudadana, adoptándose uno u otro según la gravedad de la situación.

57) Este era el sentido de una enmienda comunista del Sr. Sánchez Montero (núm. 692), en la que se proponía que el estado de sitio se circunscribiese al supuesto de "agresión exterior a la soberanía e independencia de España", en tanto que la declaración del estado de excepción procedería "en caso de alteración grave del orden público que implique peligro inminente para la seguridad del Estado, o en caso de calamidades o catastrofes para cuyo remedio sea necesaria la limitación de alguna de las garantías constitucionales a que se refiere el artículo 47" (hoy artículo 55).

58) Tengo a la vista el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio aprobado por dicha Comisión el 9 de abril de 1981.

De acuerdo con el citado Dictamen de la Comisión Constitucional, el estado de alarma se circunscribe a aquellos supuestos de anormalidad que no se relacionen directamente con la alteración del orden público, como las catástrofes naturales, -- crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales, situaciones de desabastecimiento, etc. (art. 4). Como es sabido, en estos casos no procede la suspensión de derechos -- fundamentales, si bien se autorizan ciertas limitaciones o restricciones tales como la práctica de requisas, ocupación de industrias, racionamiento de artículos de primera necesidad, etc. (art. 11). En cambio, los supuestos que justifican el estado -- de excepción (art. 13) son, en principio, diferentes: "Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráti -- cas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan grave -- mente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobier -- no, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Consti -- tución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autoriza -- ción para declarar el estado de excepción". Ciertamente, se -- trata de una cláusula bastante genérica que, en alguno de sus términos, constituye una agravación de circunstancias ya men -- cionadas en el artículo 4 para el estado de alarma. Debe indi -- carse, no obstante, que la ambigüedad relativa es indispen -- sa -- ble en este tipo de descripciones y que su apreciación no co -- rresponde al Gobierno de forma discrecional, sino al poder le -- gislativo, lo que representa una garantía de la adecuación y --

proporcionalidad de la declaración y de las medidas. Finalmente, según el artículo 32, cuando se produzca o amenazare producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, el Gobierno podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio; en este caso, es evidente la diferenciación de los supuestos, pues sólo la insurrección o el acto de fuerza puede autorizar la declaración del más vigoroso de los estados excepcionales.

Si la regulación de las circunstancias que motivan la puesta en marcha de las previsiones contenidas en el art. 116 ha quedado diferida a la ley orgánica, los efectos de la declaración, en cambio, aparecen taxativamente enumerados en el artículo 55,1º. No todos los derechos y libertades consagrados en el Título I de la Constitución se ven afectados por las situaciones excepcionales, sino únicamente aquellos que, a juicio del legislador constituyente, pueden representar un obstáculo en orden al restablecimiento de la normalidad democrática. Es más, conviene insistir en que a nuestro juicio la potestad concedida en el art. 116 no tiene carácter discrecional y que, por lo tanto, su ejercicio ha de enderezarse a la consecución de una finalidad concreta y determinada, lo que quiere decir que la simple constatación de una situación anómala no justifica el sacrificio de todos los derechos enumerados en el art. 55,1º en todo el territorio nacional y por el tiempo máximo que autoriza el precepto aludido, sino que el ámbito y las condiciones de la suspensión han de circunscribirse a lo que en cada caso resulte estrictamente necesario, de acuerdo con los principios

de proporcionalidad y de adecuación de los medios a los fines - perseguidos. El artículo 55,1º, al afirmar que determinados derechos "podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio" lo que hace es fijar el límite máximo de la potestad del legislativo en esta materia, pero en modo alguno puede interpretarse como una cláusula discrecional que permita una suspensión de derechos no estrictamente necesaria, porque, en definitiva, la atribución que confiere la Constitución al Congreso de los Diputados es una atribución para un fin: el restablecimiento de la paz ciudadana, la adecuada organización ante una eventual amenaza de nuestra independencia o soberanía, etc., y es evidente que el logro de esos objetivos no requiere siempre la utilización de idénticos medios ni el sacrificio de los mismos derechos.

De acuerdo con el artículo 55,1º, la suspensión puede afectar, tanto en el estado de excepción como en el de sitio, a las siguientes libertades y derechos:

a) seguridad personal (art. 17), que comprende la suspensión del plazo máximo de 72 horas para la detención preventiva, del procedimiento de habeas corpus y de la norma que en su día establezca la duración máxima de la prisión provisional.

El número segundo de este artículo 17 se compone de dos preceptos; en el primero se consagra un criterio general para determinar la duración de la detención preventiva; ésta "no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos"; queda con ello claro que la detención preventiva no es una sanción ni una medida de seguridad, sino un sacrificio nece

sario de la libertad para el "esclarecimiento de los hechos", - que se convierte en abuso de autoridad desde el instante en que hechas las averiguaciones precisas, el detenido no es puesto en libertad o a disposición judicial. El segundo de los preceptos concreta aquel criterio general, al establecer la duración máxima de la detención preventiva en 72 horas. Pues bien, estimamos en una interpretación tal vez discutible de la letra de la Constitución pero que se ajusta a su espíritu, que la declaración - de los estados excepcionales suspende el segundo inciso del número aludido, pero no el primero; la detención podrá durar más de 72 horas, pero no más tiempo del que resulte estrictamente - necesario para la averiguación de los hechos; esclarecidos és - tos, la detención pierde su recto sentido y se convierte en un abuso que engendra responsabilidad. De lo contrario, habríamos de admitir que la puesta en marcha de las previsiones del artículo 116 modifica la naturaleza misma de la detención preventiva, convirtiéndola, contra la letra de la Constitución, en un - castigo o en una medida de seguridad (59).

59) Lamentablemente, el Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad - Ciudadana presentado por el Gobierno a las Cortes en sep - tiembre de 1979 no lo ha entendido así, convirtiendo la de - tención en una medida de seguridad. El artículo 31 de dicha ley está redactado en términos contundentes y pone de relieve que la entrada en vigor de la excepcionalidad provoca - una importante transformación en la finalidad del instituto. "La autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden" y no, como exige la Constitución, "para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos" (art. 17, 2º). Por lo demás el plazo de 72 horas se vé am - pliado a 10 días, si bien los detenidos podrán disfrutar de los mismos derechos que en tiempo normal, recogidos en el - artículo 17, 3º de la Constitución. En este mismo sentido, el artículo 16 del nuevo proyecto de Ley dice que la autoridad podrá detener a cualquier persona, "si lo considera necesi-

b) Inviolabilidad del domicilio, cuyo registro podrá efectuarse sin autorización judicial y sin el consentimiento del titular, aún cuando el delito no sea flagrante (art. 18,2º). Según el art. 17 del Proyecto de Ley Orgánica citado dicho registro podrá efectuarse en cualquier momento por la autoridad o sus agentes en estos periodos de suspensión de derechos. Se establece la necesidad de una orden formal y escrita pudiendo presenciar el registro el titular de la vivienda y sus familiares mayores de edad, si bien no es éste un requisito esencial por lo que podrá efectuarse la inspección aún cuando los moradores se hallaren ausentes de la casa. Igualmente se requiere la presencia de dos vecinos, quienes no podrán negarse a presenciar las actuaciones que se realicen. La inspección concluye con el levantamiento del acta, que deberá ser firmada por la autoridad, el dueño o sus familiares y los dos vecinos anotándose sus resultados e incidencias. El nuevo Proyecto ha mejorado el antiguo de Seguridad Ciudadana, ya que ahora la presencia de testigos resulta indispensable para que la actuación gubernativa pueda calificarse como legal, mientras que anteriormente no se excluía que la policía verificase esas actuaciones por sí sola.

c) Secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, que podrán ser intervenidas sin autorización judicial (art. 18,3º), aunque tal intervención deberá ser comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente (art. 18,2º del Proyecto de Ley).

d) Libertad de residencia y circulación, lo que supone que

rio para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público".

la autoridad gubernativa puede imponer el confinamiento (art.-19,1º). Las condiciones y el alcance de la suspensión vienen reguladas, tal vez con excesivo casuismo, en los artículos 34 y 35 del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. En síntesis, se atribuye a la policía competencias ilimitadas en cuanto a la presencia y circulación de personas y vehículos en la vía pública, que podrá ser restringida o prohibida. En cuanto a la libertad de residencia, las atribuciones son también amplísimas, pudiendo disponer el desplazamiento de cualquier persona fuera de su localidad (simple expulsión) o fijar transitoriamente su residencia en otro territorio (confinamiento). Igualmente, podrá exigirse de cualquier persona que comunique con una antelación de dos días todo desplazamiento fuera de su lugar de residencia habitual. Con acierto, el núm. 6 del art. 20 establece que la autoridad gubernativa deberá proveer de los recursos necesarios para el cumplimiento de estas medidas y, en particular, de las referidas a viajes, alojamientos y manutención de la persona afectada.

e) Derecho a entrar y salir libremente de España (art.19,2º)

f) Libertad de expresión del pensamiento, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20,1º a).

g) Derecho de comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión. Derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 20,1º d).

h) Atribución a la autoridad gubernativa de la competencia en materia de secuestros de publicaciones, grabaciones y otros medios de información (art. 20,5º); si bien, especifica el ar-

título 21,2 del Proyecto de Ley, el ejercicio de estas potestades no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa.

i) Derecho de reunión y de manifestación (art. 21).

j) Derecho de huelga (art. 28,2º).

k) Derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37,2º) (60).

La declaración del estado de sitio conlleva la posibilidad de suspender también el número 3 del artículo 17. En este precepto se reconocen varios derechos, a saber: 1) derecho del detenido a ser informado de forma inmediata de sus derechos y de las razones de su detención; 2) derecho a guardar silencio, "no pudiendo ser obligado a declarar"; 3) asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales. ¿Hemos de suponer, amparándonos en la letra del art. 55, que las tres garantías aludidas quedan afectadas en el estado de sitio?. Porque, si la suspensión del primero de los derechos equivaldría a revivir procedimientos inquisitoriales, además de que no se entiende bien qué ventajas supone esta forma de actuar en orden a la defensa del Estado, lo que ciertamente no puede admitirse es la negación de la segunda de las garantías aludidas, pues ello exigiría suspender algo más que el número 3 del artículo 17; "no pudiendo ser obligado a declarar", insistimos en ello, constituye una garantía vigente incluso en el estado de sitio. Por último, señalemos que la supresión de la asisten -

60) En el primer Proyecto Constitucional de enero de 1978 sólo se autorizaba la suspensión de los derechos de huelga y conflicto colectivo en el estado de sitio, pero no así en el estado de excepción. La ampliación a este último supuesto se verificó a instancias del Grupo Parlamentario de Alianza Popular (enmiendas números 1, 35, 63 y 691).

cia letrada no puede llegar hasta el punto de producir indefensión, pues ello violaría el artículo 24,1º, que no resulta -- afectado por la declaración del estado de sitio.

Como señalabamos anteriormente, la Constitución ha renunciado en beneficio del legislador a delimitar las fronteras entre el estado de excepción y el estado de sitio, ya que no determina las causas que legitiman una u otra situación, ni tampoco establece graves diferencias en cuanto a los derechos suspendidos. No obstante, el propio texto fundamental en su artículo 117,5º señala algunas orientaciones que, aunque no afectan al Título I, pueden resultar útiles para distinguir el estado de excepción del de sitio, además de tener una gran trascendencia en orden al mantenimiento de un sistema eficaz de garantías. Dice dicho precepto que "la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio", lo que quiere decir que en esta última situación la jurisdicción militar actuará también en la esfera ordinaria. Con ello, parece anunciarse -- que el estado de sitio va a recoger la característica principal que en nuestro derecho histórico ha tenido siempre el llamado estado de guerra o estado de sitio esto es, la atribución a la autoridad militar de las competencias en materia de orden público. Atribución que se concreta tanto en el plano puramente administrativo del mantenimiento de la seguridad ciudadana como en el judicial, mediante la extensión de la jurisdicción castrense.

Para finalizar con esta breve caracterización del estado de sitio tal vez convenga advertir que dicha situación consti-

tuye un "estado de guerra "ficticio" o "político", a diferen -
cia del auténtico estado de guerra en caso de conflicto armado' (61). La precisión no sería aquí necesaria sino fuese porque -
de ella depende el respeto de un derecho tan fundamental como es el derecho a la vida, pues, en efecto, el artículo 15 declara abolida la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer -- las leyes penales militares para tiempos de guerra". La guerra a que se refiere este artículo no es la ficticia o política si no la guerra real, la que declara el Jefe de Estado previa autorización de las Cortes Generales (art. 63,3º) y no el estado de sitio que declara el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. En consecuencia, la abolición de la pena de muerte - rige también en el más grave de los estados excepcionales, el de sitio (62).

Sin duda, un problema trascendental es el de la autoridad u órgano competente para declarar el estado de excepción o de sitio y, por lo tanto, para suspender el ejercicio de las li bertades, pues aunque éstas merezcan protección frente a todos los poderes del Estado, sigue siendo válida aquella considera -
ción Hauriou de que el espíritu de la ley es favorable a la li bertad en tanto que el del reglamento es favorable a la autori dad. En este aspecto, hemos de registrar que nuestra Constitu -
ción ha establecido un riguroso procedimiento para la declara -
ción de los estados anómalos, atribuyendo un papel muy relevan

61) Pérez Serrano, N., "Tratado de Derecho Político", Civitas, Madrid, 1978, p. 418.

62) En el mismo sentido Cruz Villalón, "La protección extraor -
dinaria del Estado", cit., p. 674 y s.

te al Congreso de los Diputados (63). Lo cual, por otra parte, resulta perfectamente coherente con el régimen jurídico de los derechos fundamentales, ya que correspondiendo su reglamentación al poder legislativo parece lógico que haya de ser él --- quién decida acerca de la necesidad de suspender su ejercicio. Suponer que el ejecutivo monopoliza la prudencia y la eficacia políticas, mientras que el Parlamento se reserva a la deliberación cuando no a la polémica estéril, equivale a resucitar la vieja doctrina de los "arcana imperii" o incluso de la propia razón de Estado, cuyo intérprete y conocedor sería ahora el Gobierno.

El procedimiento presenta empero algunas peculiaridades. -- En primer lugar se ha escogido el Decreto como instrumento jurídico formal de la declaración del estado de excepción, si --- bien el Gobierno necesita contar con la previa autorización -- del Congreso de los Diputados, a quien corresponde fijar los -- efectos de la declaración, ámbito territorial y duración (art. 116,3º). Ciertamente, resulta difícil explicarse el proceder -- de nuestro legislador constituyente en esta materia. ¿Qué sentido tiene requerir la forma de Decreto cuando el Gobierno necesita una previa autorización del Congreso que, por mandato -- constitucional, no podrá ser una autorización genérica sino de tallada?. ¿No nos hallamos más cerca de la figura del Decreto

63) El Derecho comparado ofrece numerosas variantes. Así, la atribución de competencia exclusiva al legislativo se halla en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución sueca, mientras que en la francesa de 1958, griega y portuguesa se arbitra un régimen de declaración por el Gobierno --- con ratificación o control posterior del legislativo. Vid. Fernández Segado, "Los estados de excepción en el Anteproyecto de Constitución" en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", CEC, Madrid, 1978, p. 71 y s.

Legislativo que de la del Decreto ordinario acordado en Consejo de Ministros? (64). Resulta difícil responder a estas cuestiones, máxime cuando el iter legislativo del precepto tampoco nos ofrece una luz orientadora, ya que si en el texto de 5 de enero de 1978 la competencia para declarar el estado de excepción se atribuye al Congreso, en el Proyecto publicado en abril del mismo año aparece ya la figura del Decreto, sin que según creemos, ninguna de las enmiendas presentadas solicitasen tal modificación (65). En cambio, estas dificultades desaparecen -- en relación con el estado de sitio, ya que el artículo 116,4º, establece taxativamente que "será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva -- del Gobierno".

Por último, el texto constitucional arbitra una serie de garantías tendentes a evitar las ambigüedades o vacíos en la declaración que, sin duda provocarían inseguridad jurídica y tal vez una aplicación abusiva de las previsiones contenidas en el artículo 116. Ya hemos señalado que la autorización o declaración efectuada por el Congreso deberá establecer con precisión los efectos del estado de sitio o de excepción y, en consecuencia, el alcance y condiciones de la suspensión de de-

64) Alzaga, "Constitución española", cit., p. 699, sugiere que estamos ante un tertium genus y es que, en verdad, esta -- clase de Decretos resulta difícilmente asimilable a las categorías conocidas, pues si por un lado no alcanzan el valor jurídico formal de leyes, como sucede en la delegación recepticia, han de ajustarse, en cambio, a una especie de "ley de bases" que es la autorización del Congreso, y que no existe en los Decretos ordinarios.

65) Las enmiendas 63, 74, 691 y 736, presentadas por diversos diputados de Alianza Popular y UCD proponían que la declaración del estado de excepción correspondiese al Gobierno, pero no mediante Decreto autorizado, sino unilateralmente, aunque dando cuenta al Congreso de los Diputados.

rechos. Pues bien, por mandato constitucional, el Congreso ha de precisar además el ámbito territorial y la duración de la -
excepcionalidad, de manera que al menos estos tres elementos -
han de ser necesariamente reglados. La duración del estado de
sitio, puede ser ilimitada, en cuanto que el artículo 116 no -
fija un plazo concreto, pero nunca indefinida, ya que el Con -
greso está obligado a fijarlo en cada supuesto. El estado de -
excepción, dice el número 3 del 116, "no podrá exceder de 30 -
días, prorrogables por otro plazo igual", lo que parece indi -
car que sólo cabe una prórroga (66). Y junto a estas garantías
que tienden a conseguir una precisa reglamentación de las con -
diciones y del alcance de la situación extraordinaria, la Cong -
titución reseña otras que pudieramos denominar intitucionales;
dos de ellas tienen carácter general, estableciendo que la sus -
pensión de garantías no interrumpe el normal funcionamiento de
los poderes constitucionales (67) ni modifica el principio de
responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocido en la
propia Constitución y en las leyes (art. 116,6º). Una tercera
cautela, más específica, tiene por objeto ratificar ese normal
funcionamiento de los poderes, impidiendo que el Gobierno tra -
te de sustraerse al necesario control del legislativo, y de --
ahí la previsión del núm. 5 del artículo 116 que prohíbe la di -
solución del Congreso y ordena la automática convocatoria de -
las Cámaras o, en su caso, de la Diputación permanente, si no

66) Alzaga, op. cit., p. 700, sostiene que el número de prórro -
gas puede ser indefinido, aunque su duración no puede supe -
rar los 30 días, argumentando que, de lo contrario, se obli -
garía a sustituir al cabo de 60 días el estado de excep -
ción por el de sitio.

67) Art. 116, 5º in fine. Este precepto tiene su origen en la
enmienda 425 del Grupo Socialista.

estuviesen en periodo de sesiones.

El progresivo sometimiento del poder al Derecho, incluso - en los periodos excepcionales, obliga a preguntarse acerca de la posible fiscalización jurisdiccional de las decisiones, tan to generales como individuales, adoptadas en relación con el - artículo 116 de la Constitución, ya sean del Parlamento ya ema nen del Gobierno o de la Administración. En este aspecto, no - cabe duda que el control de constitucionalidad de los estados excepcionales, así como la articulación de un sistema de garan tías individuales durante su vigencia es un problema de difi - cil solución, ya que, de un lado, la fiscalización jurisdiccio - nal fortalece el principio de libertad mientras que el espíri - tu del Derecho extraordinario consiste precisamente en fortale - cer el principio de autoridad y, por otro lado, en estos su - puestos sería conveniente contar con un instrumento de control suficientemente rápido que, hoy por hoy, no parece que puedan ofrecer los Tribunales.

En realidad, el control de las decisiones concretas que -- afectan de modo directo a los ciudadanos no ofrece particular dificultad. Como es sabido, la Constitución indica que la pues ta en marcha de las previsiones del artículo 116 no modifica - el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agen tes reconocidos en la Constitución y en las leyes, lo que supone - aceptar el principio de la justiciabilidad de las actuaciones administrativas. Es de lamentar, sin embargo, que no se acepta se una enmienda del Sr. Sánchez Montero (P.C.E.) que trataba - de articular un procedimiento urgente y especial para los pe - riodos excepcionales, ya que en estos supuestos más que nunca

la eficacia de la garantía judicial depende en buena medida de su rapidez (68). En cualquier caso, parece indiscutible que durante los periodos excepcionales siguen vigentes todos los medios de recurso y, en concreto, los siguientes: a) Teniendo en cuenta que las garantías de los derechos fundamentales son también derechos fundamentales, y que el artículo 55 no hace alusión a la suspensión de los preceptos contenidos en los artículos 24 y 53,2º, sigue plenamente vigente el procedimiento tutelar basado en los principios de preferencia y sumariedad (69), así como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; b) Los actos de la Administración, dictados durante la vigencia de los estados de excepción, son perfectamente justiciables ante la Jurisdicción Contenciosa; c) A la vista del ya citado núm. 6 del artículo 116, se mantienen abiertas todas las vías jurisdiccionales en orden a la exigencia de la responsabilidad penal o civil en que hubiesen podido incurrir el Gobierno o sus agentes. Este punto de vista ha sido confirmado por el art. 3,1º del nuevo Proyecto de Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

La fiscalización abstracta, es decir, aquella que no se origina en un acto concreto de sujeción, plantea sin duda mu-

68) Dicha enmienda (núm. 692) proponía un núm. 5 que dijese: - "Una ley orgánica regulará los estados de excepción y de guerra, debiendo preverse en la misma procedimientos especiales de urgencia para la resolución judicial de los recursos interpuestos contra decisiones de las autoridades públicas tomadas durante la vigencia de los estados de excepción o guerra".

69) Es el llamado amparo judicial, hoy regulado en la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de 26 de diciembre de 1978.

chas más dificultades. Parece ser generalizada tendencia en Decho comparado, al menos en lo que se refiere al control sobre la declaración, la de resolver todo conflicto en el ámbito político de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, lo que resulta lógico cuando es el poder ejecutivo el que tiene - constitucionalmente atribuida la competencia de apreciar la excepcionalidad y de fijar las condiciones y límites que dicha - excepcionalidad requiere; así sucede en México, Francia, Portugal, etc. En España, en cambio, la Constitución no prevé ningún tipo de control parlamentario, pues presenta la particularidad, ya elogiada, de que su intervención constituye una condición sine qua non, en el caso del estado de excepción, y la -- atribución directa de la competencia, en el caso del estado de sitio. En tales circunstancias, hemos de preguntarnos si cabe alguna fiscalización sobre el poder legislativo; ¿puede el Tribunal Constitucional interferir en esa dinámica Gobierno-Congreso que prefigura el artículo 116?. En principio, cabe señalar algunas dificultades importantes y, ante todo, que no estando previstas en la Constitución las circunstancias que justifican la declaración de los estados excepcionales, el Tribunal Constitucional se vería en la imposibilidad de fiscalizar la adecuación de los motivos que sirven de base a dicha declaración con la preceptiva constitucional (70); además, dicho control -

70) Precisamente, se ha señalado que tal vez una de las razones que impulsaron al legislador a no constitucionalizar las causas, fuera la de marginar al Tribunal Constitucional del control de la declaración. Vid. Gómez Reino, E., - "Las libertades públicas en la Constitución" en "Lecturas sobre la Constitución española", vol. I. UNED, Madrid, 1978, p. 66.

exigiría un juicio de oportunidad sobre la apreciación del legislativo que no parece muy razonable encomendar al Tribunal Constitucional. Sin embargo, existen otras cuestiones relacionadas con la suspensión de los derechos fundamentales que aparecen perfectamente regladas en la Constitución; por ejemplo, que la duración máxima de un estado de excepción no puede superar los treinta días y, sobre todo, que ciertos derechos no se pueden suspender en ningún caso, y que son todos los no aludidos en el artículo 55,1º. La intervención del Tribunal Constitucional no debe excluirse, pues, invocando simples motivos de oportunidad política. Como no podía ser de otra forma, la Constitución ha querido que en esta materia existiese una cierta discrecionalidad en favor del poder legislativo, pero ello no puede traducirse en arbitrariedad. Admitiendo que la declaración de los estados excepcionales no es en sí misma fiscalizable, no cabe duda de que existen algunos elementos reglados; en relación con el estado de sitio, al menos debe admitirse el control sobre el procedimiento y también sobre el catálogo de derechos susceptibles de suspensión, y por lo que se refiere al estado de excepción debería añadirse el límite de la duración, que no puede ser superior a treinta días.

No obstante, la objeción más seria que cabe oponer a la -- fiscalización del Tribunal Constitucional deriva, según creemos, de la naturaleza del acto de autorización (estado de excepción) o de declaración (estado de sitio) (71). En síntesis,

71) Dice Serrano Alberca que el control de constitucionalidad no es posible por la razón de que estos actos no son leyes ni disposiciones con fuerza de ley, "Situaciones excepcio-

el problema consiste en decidir si estos actos constituyen una disposición normativa o un acto del Estado con fuerza de ley, - en el sentido del artículo 27,2 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; cuestión discutible que, a nuestro juicio, puede resolverse de modo afirmativo, pues, como indica Almagro (72) la enumeración legal no contiene una lista tasada y excluyente, respetando la elasticidad del texto constitucional y sin cerrar las posibilidades interpretativas del mismo. Por nuestra parte, estimamos que el concepto general de disposición normativa incluye los actos singulares que revisten forma de ley o -- equiparables, entre los cuales bien pueden comprenderse los relativos a la declaración de los estados excepcionales. Por ello, creo que puede afirmarse la competencia del Tribunal Constitucional, aunque sea una competencia limitada, primero, porque no todos los elementos de la declaración son constitucionalmente - reglados y, segundo, porque por el carácter excepcional y transitorio de las medidas del artículo 116 su intervención habrá - de producirse lógicamente después de finalizado el estado excepcional.

Pero si el control abstracto de constitucionalidad puede -- ofrecer tal vez alguna duda, no sucede lo mismo con la tutela - concreta de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, que mantiene su plena vigencia. En este sentido, parece indiscutible que el Tribunal puede ofrecer amparo tanto en fa - vor de los derechos suspendidos como, por supuesto, de los no -

nales y fuentes del Derecho en la Constitución española de 1978", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", cit., vol. III, p. 1970.

72) "Justicia Constitucional", cit., p. 104 y s.

suspendidos. En el primer caso, el amparo puede concederse -- bien porque el derecho fundamental ha sido suspendido indebidamente (73), bien, lo que será más habitual, porque el acto concreto impugnado ha ido más allá de lo autorizado en la declaración. Piénsese, por ejemplo, en la suspensión de las reuniones orgánicas de los partidos políticos o de los sindicatos que, según creo, resultaría ilegítima ya que tales actos no -- constituyen ejercicio del derecho de reunión, sino más bien -- del de asociación, que no es objeto de suspensión. Probablemente, esta vía del recurso de amparo ha de resultar más fructífera que la del control abstracto, de más compleja articulación.

Por lo que se refiere al estado de excepción, existe un -- problema adicional, ya que junto al control de constitucionalidad se plantea la posible competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que tendría por objeto vigilar la conformidad del Decreto con la autorización otorgada por el Congreso. Ciertamente, las dificultades que hoy presenta esta vía de fiscalización son muy numerosas, acentuándose además por -- esa peculiar naturaleza de los Decretos a que alude el artículo 116, pues, si son Decretos ordinarios en cuanto que su valor jurídico es inferior al de las leyes, su técnica se asemeja bastante a la de los Decretos-Legislativos por su concreta vinculación a una autorización del Parlamento; y es precisamente su acomodación lo único susceptible de conocimiento por la jurisdicción. No obstante, resulta obligado señalar los obstáculos que presenta la vigente Ley reguladora de la Jurisdic --

73) Por ejemplo, la suspensión del artículo 17,3º en el estado de excepción.

ción Contencioso-Administrativa, limitando extraordinariamente la legitimación para impugnar disposiciones de carácter gene -
ral (74) y consagrando la doctrina de los actos políticos, que en alguna ocasión fué indebidamente extendida por la jurisprudencia (75). En segundo lugar, y a pesar de las analogías que presenta con la delegación recepticia, el Decreto del Gobierno no tiene valor de Ley, ni la Constitución exige que el estado de excepción se declare mediante ley, sino mediante Decreto, - por lo que no sería de aplicación la mejor doctrina jurisprudencial sobre esta materia, recogida en el artículo 11 de la - Ley General Tributaria (76). Así pues, una eventual fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa exigiría -- desterrar la doctrina de los actos políticos o, al menos, su - aplicación a estos supuestos, facilitar la legitimación y tratar al Decreto del Gobierno como un Decreto ordinario, bien -- que la técnica de control resulte análoga a la de los Decretos Legislativos, consistente en comprobar la adecuación de la dis -
posición a la autorización parlamentaria.

Por último, cabría objetar que esta cuestión afecta a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, en las que no de -
be entrar la jurisdicción ordinaria. Es más, un enemigo de la

74) Artículos 39,1º y 28, 1 b.

75) Sobre la interpretación que de esta doctrina hace el Tribunal Supremo y, en concreto, alguna sentencia que la extiende a la impugnación de disposiciones de carácter general, vid. García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades de poder", Civitas, Madrid, 1974, p. 50 y s. y "Curso de - Derecho Administrativo" (1975), cit., p. 369-372.

76) Según la cual los preceptos que excedan de la autorización o delegación tendrán la fuerza y la eficacia de meras disposiciones administrativas, pero no por ello pierden su vi -
gencia.

arcaica doctrina de los actos políticos reconoce que "las -- grandes medidas de defensa total del Estado, como puede ser -- la declaración del estado de excepción o de guerra", resultan inmunes a la jurisdicción, "aunque sólo sea por alterar el orden normal de las competencias constitucionales entre los dis tintos poderes" (77). Esta objeción creemos, sin embargo, que no debe atenderse, pues parece que se apoya en un orden jurídico distinto del que configura la nueva Constitución, un orden en el que la competencia para la declaración de los esta dos de excepción o de sitio correspondiese al Gobierno, esto es, en el que existiese una habilitación directa del texto -- fundamental en favor del Consejo de Ministros (78), cuando re sulta que en el orden constitucional vigente el poder ejecuti vo ha perdido su capacidad decisoria en esta materia y esa ha bilitación constitucional se atribuye al Congreso de los Dipu tados. Ciertamente, no es misión de los Tribunales fiscalizar las grandes medidas de defensa total del Estado, máxime cuando han de ser adoptadas por el Parlamento, pero sí pudiera -- serlo la de comprobar la adecuación de un Decreto a la autori zación que lo legitima. En otro caso, sería preciso reconocer la existencia de un residuo de inmunidad en favor del ejecuti vo, no deseado por la Constitución, que atribuye la competen - cia decisoria al Congreso, no al Gobierno. Estimamos, en defi

77) García de Enterría, E., "La lucha contra las inmunidades de poder", cit., p. 66.

78) No estamos, dice García de Enterría, ante un acto de la - Administración, sino ante una decisión de un órgano administrativo en cuanto que tiene atribuidas otras competencias distintas de las estrictamente administrativas.

nitiva, que la Constitución no impone ningún obstáculo en or -
den a la fiscalización de los Decretos a que alude el artículo
116, exclusivamente en lo que se refiere a su fidelidad a la -
autorización concedida; bien es cierto que algún precepto de -
la Ley reguladora vigente y la novedad misma que supone la po-
sibilidad de un control jurisdiccional en materia tan delicada
y en la que tanto influye la prudencia política, puede tal vez
dificultar dicha fiscalización.

Finalmente, debe recordarse que los procedimientos de tute
la jurisdiccional siguen plenamente vigentes en estos periodos
extraordinarios y, en particular, el recurso preferente y suma
rio establecido en el artículo 53,2º que, por ejemplo, puede -
ser utilizado para impugnar un acto realizado al amparo del De
creto, pero que carece de cobertura en la autorización del Con
greso, precisamente porque se ha producido una extralimitación
del Gobierno.

En resumen, creemos que nuestra Constitución ha asumido --
con todo rigor el proceso de juridificación de los estados de
necesidad en la vida del Estado, razón por la cual la suspen -
sión de los derechos fundamentales cumple las exigencias de to
do Estado de Derecho, que no quiere dejar de serlo ni siquiera
en estos momentos de peligro o agresión. Aunque constituya una
medida traumática y poco deseable, la suspensión de los dere -
chos representa a la luz de los artículos 55 y 116 el mínimo -
sacrificio que puede pedir la supervivencia del Estado, apre -
ciada por quien tiene competencia para ello: el Parlamento que
representa al pueblo español y que por esa única razón ostenta
la potestad legislativa.

2. La suspensión individualizada de los derechos fundamentales.

En verdad, no puede decirse que el sistema de los artículos 55,1º y 117 instaure una dictadura constitucional y, desde luego, parece bastante menos riguroso y autoritario que el previsto en el artículo 16 de la Constitución francesa (79). El régimen de suspensión de garantías resulta, por tanto, generoso y favorecedor del principio de libertad, procurando hacer compatible la defensa del Estado en periodos excepcionales con el mantenimiento de los derechos humanos. Sin embargo, y como contrapartida, el texto fundamental da entrada en nuestro ordenamiento jurídico a una nueva modalidad de suspensión de los derechos fundamentales, que carece de precedentes en nuestro Derecho constitucional e incluso en el Comparado, ya que únicamente se recoge una figura análoga en el artículo 10,2º de la Constitución alemana (80). Se trata, en efecto, del artículo 55,2º, precepto que conoció un complejo y tortuoso iter legislativo, como consecuencia del cual resultó un sistema híbrido en el que se trata de conjugar un principio de individualidad,

79) En el mismo sentido, Cruz Villalón, "La protección extraordinaria del Estado", cit., p. 688.

80) Dice el precepto de la Ley Fundamental de Bonn que "las restricciones correspondientes (al secreto de la correspondencia y de las comunicaciones) no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrán determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de órganos y órganos auxiliares designados por la representación popular", Vid. Stein, E, "Derecho Político", trad. de F. Sainz Moreno, Aguilar, Madrid, 1973, p. 257.

propio de las medidas punitivas, con una regulación general que afecta en principio a todos los ciudadanos. Establece dicho artículo que "Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en el artículo 17, apartado 2º, y 18, apartado 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". Y añade en un segundo apartado que "la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica produciría responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes".

En su origen, el precepto comentado tuvo una redacción muy distinta y respondió a un espíritu también diferente; tanto en el Anteproyecto de enero como en el Proyecto de abril de 1978 - (81) se configuraba una modalidad de suspensión de naturaleza represiva, inspirada en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn (82). Se señalaba entonces que, como pena accesoria y por sentencia firme, podría imponerse la privación temporal y cir -

81) Vid. BOC de 5 de enero y 17 de abril de 1978, artículo 47,2º y 50,2º respectivamente.

82) Algunos autores siguen insistiendo en que el artículo 55,2º resulta análogo al 18 de la Ley de Bonn, siendo así que, a nuestro juicio, el iter legislativo del precepto provocó en él una modificación tan sustancial que nada tiene que ver con la figura abuso de los derechos fundamentales que consagra el ordenamiento alemán. Vid., por ejemplo, el comentario de Lucas Verdú al artículo 55,2º en "Constitución española", edición comentada, CEC, Madrid, 1979, p. 146-147. Un punto de vista semejante en Gómez Reino, "Las libertades públicas en la Constitución", en "Lecturas sobre la Constitución española", vol I, UNED, Madrid, 1979, p. 65.

cunstanciada (83) de los derechos de libertad de expresión, enseñanza, reunión, asociación, sufragio y ejercicio de cargo público, por razones de seguridad del Estado, protección de la moral o de los derechos y libertades de los ciudadanos. Como puede verse, la suspensión se configuraba como una verdadera pena y, desde luego, no se dirigía exclusivamente contra el terrorismo o las conductas de violencia, como lo demuestra, de una parte, la alusión a la defensa de la moral, cuyo propósito obviamente no podrá ser el de conjurar la amenaza de los grupos terroristas y, en segundo lugar, el catálogo de derechos susceptibles de suspensión, pensado más para evitar la influencia de -- ideologías heterodoxas que para combatir la subversión violenta. Por ello, el abandono del modelo alemán me parece un acierto porque en definitiva éste descansa sobre el principio de que no debe haber libertad para los enemigos de la libertad (84); y era también un abandono lógico si tenemos presente las profundas diferencias políticas que separan a la España de 1978 de la República Federal de 1947. La suspensión individual de ciertos derechos que recoge nuestra Constitución podrá resultar crítica en algunos aspectos, pero en cualquier caso su finalidad es claramente preventiva y, por lo tanto, transitoria, ya que deja de tener sentido desde el momento en que el detenido es puesto a disposición judicial; en modo alguno supone una ampliación -- del catálogo de sanciones.

De acuerdo con la doctrina, hemos denominado a esta figura

83) La exigencia de que la privación fuese circunstanciada se debió a la enmienda 143 de la Minoría Catalana, aceptada -- por la Ponencia.

84) Vid. Peces-Barba, G., "Derechos fundamentales", Ed. Latina, 3ª ed., Madrid, 1980, p. 121 y s.

suspensión individual o individualizada de los derechos fundamentales, tal vez porque la Constitución alude a "personas determinadas", en relación con ciertas investigaciones policia - les. Sin embargo dicho calificativo exige formular algunas con - sideraciones. Ante todo, parece probable que esta naturaleza - individual constituya un residuo de las primeras redacciones - del precepto que, por su carácter punitivo, había de referirse necesariamente a personas concretas, de acuerdo con el princi - pio de individualización de la pena. Pero, una vez que la medi - da se convierte en preventiva, hablar de suspensión individual puede inducir a confusión, ya que toda suspensión es por si -- misma individual; cuando se declara el estado de excepción o - de sitio, al margen de otros posibles efectos que afectan a la competencia de los órganos administrativos, se produce la sus - pensión de ciertos derechos, pero es evidente que no se inter - fiere la correspondencia de todos los españoles ni se contro - lan todas sus comunicaciones telefónicas. En la práctica, sólo se vulneran los derechos de algunos ciudadanos por más que la medida sea en principio general y ofrezca cobertura para em - plearla en relación con cualquier persona.

En este sentido, ¿qué es lo que hace individual a la sus - pensión del artículo 55,2º?. No, desde luego, la naturaleza -- del precepto constitucional ni de la ley orgánica de desarro - llo, que se promulga con vocación de generalidad y sin que ló - gicamente mencione a personas determinadas. Tal vez pudiera de - cirse que la individualidad viene dada por el hecho de que no se aplica a todos los españoles, sino sólo a los que aparezcan relacionados con las investigaciones correspondientes a la ac -

tuación de bandas armadas o elementos terroristas, pero esto sucede también en el estado de excepción o de sitio, donde la suspensión sólo afecta a los individuos que de una forma u otra tengan relación con las causas que justificaron la proclamación del estado de excepción o sitio. En definitiva, y por lo que se refiere a los destinatarios de las normas, esta suspensión es tan general como la contemplada en el núm. 1 del artículo 55 de la Constitución (85), ya que "prima facie" la normativa goza de un ámbito de vigencia personal ilimitado dentro de España y es luego la autoridad gubernativa quien, al hilo de las investigaciones policiales, selecciona aquellas personas sobre cuyos derechos se aplica la citada normativa. En el fondo, el artículo 55 de la Constitución en nada se diferencia de cualquier otra norma jurídica; también el Código Penal tiene un ámbito de vigencia ilimitado, aunque las penas sólo se aplican a los individuos que determina la autoridad judicial tras el proceso correspondiente. Así pues, la norma constitucional y la ley orgánica que la desarrolla es tan general como cualquier otra y la suspensión de derechos que establece se aplica con idéntica individualidad y concreción que es propia de los estados excepcionales.

Ello no quiere decir en sentido riguroso que el artículo 55, 2º y la legislación antiterrorista supongan un estado de excepción permanente; existen diferencias, pero no porque unas medidas sean más individualizadas que otras. La primera diferencia es lógicamente que la suspensión individualizada proce-

85) En sentido análogo Cruz Villalón, "La protección extraordinaria del Estado", cit., p. 680.

de sólo en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, mien - tras que en el estado de excepción o sitio tales medidas proce den en cualquier investigación. Pero lo que caracteriza a la - suspensión del artículo 55,2º es, sobre todo, su permanencia - en el tiempo, en cuanto no son medidas excepcionales, y tam -- bién, en contrapartida, el mayor control judicial; al menos, - esta conclusión cabe derivar del regimen jurídico actual, en - el que todavía no se ha procedido a desarrollar los artículos 55,1º y 116 de la Constitución.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de vigencia de la legislación antiterrorista, debe indicarse que tanto la Consti tución como la normativa coetánea daban a entender su naturale za excepcional o transitoria. Así, la propia Constitución no - utiliza la fórmula habitual de "una Ley orgánica regulará", si no la expresión menos rigurosa de "una ley orgánica podrá de - terminar..."; luego es evidente que también podrá no hacerlo. Por su parte, la Ley de 4 de diciembre de 1978 establecía en - su disposición final primera que "la presente ley tendrá vigen cia durante un año" y en la motivación que acompañaba al Pro - yecto (86) se especificaba que la reforma tenía una vigencia - limitada en el tiempo "con el fin de no alterar de modo defini tivo la estructura del normal sistema jurídico en vigor". Creo que ello demuestra que a lo largo del periodo constituyen - te todavía se pensaba en el terrorismo como en un fenómeno ex - cepcional, cuya erradicación exigía una serie de medidas que -

86) Boletín Oficial de las Cortes, 8 de junio de 1978, núm.104.

alteraban la "estructura del normal sistema jurídico"; más claramente que alteran el sistema de garantías propio del Estado de Derecho. De ahí que la legislación antiterrorista no se concibiese como una reforma definitiva. No sucede lo mismo, sin embargo, a finales de 1980; en la nueva Ley Orgánica de 1 de diciembre ha desaparecido toda mención a la vigencia temporal de la ley, lo que evita la enojosa tarea de tener que aprobar todos los años la misma ley. Prescindiendo ahora de la eficacia de este tipo de medidas en orden a combatir las conductas violentas, creo que el haber suprimido su vocación transitoria, además de que probablemente traiciona el espíritu de las Cortes Constituyentes -aunque no la de letra de la Constitución-, resulta poco recomendable, ya que ahora su vigencia no ha de decaer por el imperio de la propia ley, sino que será necesario un acto contrario tendente a la derogación; y aunque jurídicamente ello no plantea ningún problema, desde una perspectiva política tal vez pudiera en el futuro sentirse la tentación de perpetuar una legislación demasiado favorable al principio de autoridad, incluso en la hipótesis de que, desaparecido el fenómeno terrorista, dicha legislación careciese de justificación. En cualquier caso, parece que hoy esta figura de suspensión de los derechos fundamentales ha tomado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico y, desde luego, ha perdido el carácter excepcional o transitorio que originalmente tuvo.

Una segunda característica del artículo 55,2º es que quiere referirse únicamente a las investigaciones relativas a "bandas armadas o elementos terroristas". Sin duda, esta noción -- constituye una de las más graves dificultades jurídicas de es-

ta figura de suspensión de los derechos fundamentales. No procede detenerse ahora en una investigación sociológica sobre el fenómeno terrorista, pero, al menos desde un punto de vista jurídico, parece evidente que lo característico de este tipo de conductas es su finalidad, el elemento teleológico. El terrorismo no es un delito específico y diferenciado, sino que se expresa a través de una serie de conductas que son en si mismas delictivas: asesinato, detención ilegal, robo, etc.; luego la diferencia no puede buscarse en la acción o en el modo de ejecución, sino precisamente en la finalidad perseguida (87). Cabalmente, el terrorismo es un delito de finalidad política, porque su característica específica es combatir "el regimen -- fundamental de libertad o democracia" (88) o, más en general, cualquier regimen vigente (89). Por supuesto, si ese combate no se sirve de procedimientos delictivos o violentos, la conducta será perfectamente lícita en nuestro sistema constitucional democrático; pero el mero hecho de asesinar o robar no puede ser suficiente para calificar la conducta como terrorista.

87) En contra, dirá Quintano que "el politicismo de móvil es - de orden secundario en la morfología del terrorismo", si bien añade que la configuración objetiva del empleo de explosivos, predominante en nuestro Derecho positivo, facilita la neutralización de esta especie de actividades criminales; "sistema criticable, de lege ferenda, pero de indubitada realidad dogmática". Vid. "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", tomo IV, "Infracciones contra la comunidad social", Coordinado por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 28-29.

88) Artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn.

89) Entre la organización terrorista que opera en una nación democrática y la lucha armada de un movimiento de liberación pueden buscarse profundas diferencias políticas e incluso morales, pero jurídicamente merecen la misma calificación.

Sin embargo, en nuestro Derecho cabe apreciar una cierta despolitización del terrorismo. Incluso la Constitución habla de bandas armadas o elementos terroristas y, aunque no define este último concepto, parece claro que las bandas armadas no tienen porqué ser terroristas o, mejor dicho, no tienen porqué perseguir una finalidad específica distinta de la que es propia del delito que se propongan cometer. Por su parte, el artículo primero de la Ley orgánica de desarrollo únicamente específica que los elementos terroristas o las bandas armadas han de incidir gravemente en la seguridad ciudadana, lo que contribuye a delimitar el significado de estas conductas, pero, a mi juicio, lo hace de forma incorrecta o insuficiente ya que alude al resultado (alarma pública), pero no a la finalidad. Tal vez esta despolitización se haya debido a la especial consideración de que en el ámbito internacional ha gozado el delito político, generalmente vinculado a actividades pacíficas o al ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, reunión o asociación, pero lo cierto es que hoy en el Derecho español la suspensión de los derechos fundamentales al amparo del artículo 55,2º no sólo procede en relación con actividades delictivas dirigidas al cambio violento del orden constitucional, sino que es aplicable también a otros supuestos que nada tienen que ver con la subversión política.

A mi juicio, la definición constitucional desarrollada en la Ley orgánica resulta criticable. Es verdad que el delito político nace en el marco del Derecho liberal con el propósito de denegar la extradición de personas cuyo único delito consistía en haber sido vencidos en la lucha política o el haber ejercido

derechos fundamentales en el seno de un Estado autoritario (90) Sin duda, esta finalidad altruista o, al menos, idealista, justifica el prestigio del delito político puro, es decir, de aquellas conductas que se dirigen contra la organización constitucional del Estado, pero sin valerse de medios que sean en sí -- mismos delitos comunes (91). De ahí que en el propio ámbito internacional de la extradición se hayan comenzado a incluir matizaciones en orden a delimitar los supuestos de delincuencia política, por ejemplo, mediante la ya antigua "cláusula del atentado" u otras análogas, cuya consecuencia es conceder la extradición de personas que, no obstante guiadas por móviles políticos, han realizado determinadas conductas como el asesinato, secuestro, etc. (92). Con ello queremos decir que al calificar un delito como político no se está exigiendo en modo alguno un trato de favor, y mucho menos en el ámbito del Derecho interno; se trata de constatar únicamente que algunos asesinatos o robos -- se realizan con el sólo ánimo de matar o de enriquecerse; otros, en cambio, añaden una finalidad específica. Si se desea aplicar a estos últimos una legislación particular, y resulta indiferente ahora si esa legislación resulta más o menos rigurosa, es --

- 90) Vid. sobre estas cuestiones Jimenez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1957-58, vol. II, p. 977 y s; Quintano Tipolles, "Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal", Ed. C.S.I.C., Madrid, 1955, vol. II. p. 264 y s.; Cerezo Mir, J., "Curso de Derecho Penal Español", vol. I, Tecnos, Madrid, 1976, p. 224 y s.
- 91) Naturalmente, este es el concepto más restrictivo de delito político. Algunos autores atienden al móvil del sujeto y califican de política la conducta que, en el ánimo del agente, se dirigía a obtener un cambio constitucional; otros atienden al bien jurídico lesionado, etc.
- 92) Vid. las consideraciones de Cerezo Mir, "Curso de Derecho Penal Español", cit., p. 227 y s.

preciso tener en cuenta dicha finalidad específica en la delimitación de los supuestos porque, en otro caso, se corre el riesgo de tratar al delincuente común con los mismos criterios que al político; y precisamente esto era lo que se quería evitar.

Los conceptos de bandas armadas y elementos terroristas -- son nociones inseguras y ambiguas incluso en la Ciencia del Derecho Penal que, como es lógico, es quien se ha ocupado más de estos problemas (93), pero, al menos por lo que se refiere a -- las bandas armadas parece claro que estos pueden organizarse -- con la finalidad exclusiva de robar o de cometer cualquier -- otro delito, sin que sean descubribles fines políticos; y en -- lo relativo a los "elementos terroristas", que según parece no tienen porqué actuar en bandas armadas, pues en ese caso no -- tendría sentido su mención específica, creo que nada garantiza una interpretación como la aquí sostenida, es decir, que requiera en todo caso el móvil político de subvertir por la fuerza -- el orden constitucional vigente.

Con técnica poco depurada e impropia de una norma restrictiva de derechos individuales, el artículo 1º de la ley orgánica manifiesta que las medidas en ella contempladas serán aplicables a las personas "presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que in

93) Vid. además de las obras citadas en las notas anteriores, los dos trabajos de M. Barbero, "El bandolerismo en la legislación vigente" y "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960", escritos en 1970 y 1971 respectivamente y que cito por el volumen del mismo autor "Estudios de Criminología y Derecho Penal", Universidad de Valladolid 1972, p. 211 y s. y 257 y s.

cidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente apartado, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hiciesen su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas" (94). Esta redacción, bastante más prolija y casuística que la recogida en la Ley anterior de diciembre de 1978, tiene su origen en un frustrado Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana presentado por el Gobierno en septiembre de 1979 (95) y presenta la notable particularidad de haber omitido en la relación de personas susceptibles de que sus derechos sean suspendidos a quienes están simplemente afiliados o militan en organizaciones armadas; el precepto alude sólo a las personas que "planeen, ejecuten, cooperen...", pero no en general con las organizaciones armadas, sino en la concreta realización de determinadas acciones. Lo mismo cabe decir de la apología y del encubrimiento. Bien es cierto que la mera afiliación constituye un indicio racional de una posible cooperación en la conducta delictiva, al menos en la primera fase -

- 94) Las acciones aludidas, según el apartado segundo, son las siguientes: delitos contra la vida y la integridad física; detenciones ilegales bajo rescate, o bajo cualquier otra condición, y detenciones ilegales con simulación de funciones públicas; tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro; coacciones, amenazas o extorsiones; incendios y otros estragos; delitos contra la seguridad exterior del Estado; los delitos directamente conexos con los anteriores y, en general, los que el Código Penal califica como terroristas".
- 95) Dicho Proyecto comprendía además la regulación de los estados excepcionales, del control del ejercicio de los derechos en periodos de normalidad y de la organización de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

de las investigaciones, y tal vez por eso en la nueva ley se ha suprimido la última frase del artículo 1º, que figuraba en la norma de 1978, y que expresamente extendía los efectos de la ley "a las personas pertenecientes a dichos grupos"; en todo caso, la supresión no parece técnicamente justificada, a no ser que haya sido voluntad del legislador suavizar la ley anti terrorista aplicándola únicamente a quienes participen en las acciones enumeradas en el artículo 1,2º.

Los derechos afectados por esta normativa, insistimos en que de modo permanente, son los recogidos en el artículo 17,2º y 18,2º y 3º, que, como sabemos, resultan también suspendidos en los estados de excepción y sitio. Un problema que la Constitución no resuelve es el de la competencia para adoptar estas medidas de suspensión. Gómez Reino (96) era partidario de que la Ley orgánica reservase tal facultad al Tribunal Constitucional, olvidando, me parece, la naturaleza preventiva y no repressiva de estas medidas en la Constitución española, lo que hace técnicamente inviable encomendar esta labor nada menos que al Tribunal de garantías. Para Jorge de Esteban (97), en cambio, es más lógico suponer que la suspensión debe ser decidida por el ejecutivo y, en realidad, así parece derivar de la Constitución cuando habla de la "necesaria intervención judicial" y -- del "adecuado control parlamentario", pues si el legislativo y el judicial tienen funciones de fiscalización, parece claro -- que la decisión ha de corresponder a la autoridad gubernativa.

96) "Las libertades públicas en la Constitución", cit., p. 65.
97) J. de Esteban y L. López Guerra, "El régimen constitucional español", l.cit., p. 233.

Lo cierto es, sin embargo, que a la vista de la Ley orgánica - vigente no puede formularse ninguna regla general, ya que la - intervención judicial no se expresa siempre con el mismo vigor, pero en algún caso puede decirse que es el juez quien decreta la suspensión del derecho.

Por lo que se refiere a la libertad personal y a la detención preventiva del artículo 17,2º, el artículo 3º de la Ley - orgánica especifica que esta última "podrá prolongarse el tiem po necesario para los fines investigadores hasta un plazo máxi mo de otros siete días -diez en total- siempre que tal propues ta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención", a quien corresponde denegar o autorizar la prolongación propuesta. Debe destacarse en este punto que la nueva Ley de 1 de diciembre de 1980 ha ve nido a modificar en sentido restrictivo la normativa de 1978, ya que en ésta se especificaba que, no obstante la petición de la policía para prolongar la detención pasadas 72 horas, el - Juez "deberá tener conocimiento" de la misma "en los términos que señala el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Crimi - nal", es decir, en el plazo de 24 horas. Ahora, sin embargo, - ese es el plazo de que dispone el Juez para autorizar la pro - longación de la detención durante un nuevo periodo de siete -- días, pero, en principio, la comunicación de la policía puede no realizarse hasta que vence la hora setenta y dos. El cual - quier caso, parece cierto que en relación con este derecho la intervención del Juez llega a ser tan intensa que prácticamen- te le corresponde a él decidir acerca de la suspensión, esto - es, de la prolongación del periodo de detención durante siete

días, ya que durante los tres primeros no existe propiamente -- suspensión, sino aplicación de las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, en relación con esos tres primeros días, la legislación antiterrorista prevé ya algunas medidas, cuya adopción sí corresponde a las autoridades gubernativas, sin perjuicio de que más tarde, ya sea en el segundo periodo de la detención, ya sea en prisión, deban ser -- confirmadas o revocadas por el Juez. Concretamente, el número 3º del artículo 3º de la Ley orgánica dice que "La autoridad -- que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se -- completan las diligencias o la instrucción sumarial...". Como es lógico, esa autoridad será en un primer momento la gubernativa y, a partir de las primeras 72 horas de detención, la judicial.

Es importante indicar que dicha incomunicación se decreta "sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo que establezca la Ley en desarrollo del artículo diecisiete, tres, de la Constitución". La Ley de 4 de diciembre de 1978 se refería únicamente al derecho de defensa, por -- lo que el inciso final ahora añadido es una clara alusión a la asistencia letrada desde el momento de la detención, que precisamente figura en el artículo 17,3º de la Constitución: "Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca". Ciertamente, se trata de una norma innecesaria, ya -- que el artículo 55,2º alude únicamente a la suspensión del artículo 17,2º y el derecho de defensa y asistencia letrada figu

ran en los artículos 17,3º y 24, pero, no obstante, creemos -- que era conveniente recordarlo para evitar cualquier interpretación extensiva de esta forma de suspensión de los derechos.

En relación con los derechos reconocidos en los apartados 2º y 3º del artículo 18, propiamente la legislación antiterrorista no representa una modificación sustancial de los mismos, en el sentido de que tanto la inviolabilidad del domicilio como el secreto de las comunicaciones son garantías susceptibles de suspensión frente a cualquier ciudadano, se halle implicado o no en actividades terroristas. Así, el artículo 18,2º est -- blece que ninguna entrada o registro podrá hacerse en el domicilio "sin consentimiento del titular o resolución judicial, -- salvo en el caso de flagrante delito" y el número 3º garantiza el secreto de las comunicaciones "salvo resolución judicial". Por ello, es evidente que en estos supuestos la intervención -- judicial aludida en el art. 55,2º no podía consistir en autori -- zar el allanamiento o la intervención de comunicaciones, pues tales medidas resultan completamente legítimas sin necesidad -- de legislación especial. En este sentido, puede afirmarse que estos supuestos, más que de suspensión de derechos, cabe ha -- blar de una alteración en el sistema ordinario de competencias de los órganos del Estado. La Constitución no impide el registro en los domicilios; lo que obliga es a respetar determina -- das condiciones y, en primer lugar, que la medida sea decidida por el Juez. La legislación antiterrorista modifica este régimen, eximiendo del requisito de la autoridad judicial.

La antigua normativa de 1978 acudía a la ficción de supo -- ner que "a los efectos prevenidos en el artículo 553 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, los delitos comprendidos en esta -- Ley se considerarán siempre flagrantes", con el fin lógicamente de que la entrada o registro de los domicilios no requiriese la previa autorización judicial. Creo que la nueva Ley de 1980 ha obrado con acierto al suprimir esta ficción, estableciendo simplemente que la policía podrá proceder "sin necesidad de autorización o mandato judicial previo a la inmediata detención...así como al registro de los efectos o instrumentos que en ellos --- (los domicilios) se hallaren...", puesto que, como sabemos, la delimitación conceptual del terrorismo no se circunscribe a la realización de ciertos delitos, sino que exige, ya que no la finalidad política de subversión del orden constitucional, si al menos elemento organizativo y la grave incidencia en la seguridad ciudadana. Considerar siempre flagrantes los delitos comprendidos en el artículo 1º de la Ley tal vez podía interpretarse como una privación de las garantías del artículo 18,2º, aún cuando los presuntos autores no estuvieran relacionados con bandas armadas, si bien el tenor literal del propio artículo 1º debería por si sólo excluir dicha interpretación. Finalmente, es importante resaltar que, aunque haya desaparecido la ficción de considerar los delitos como flagrantes, se mantienen sus consecuencias, ya que no sólo se prescinde del mandato judicial, sino que la entrada y registro del domicilio puede verificarse -- sin necesidad de que lo autorice el Ministro o el Director de -- la Seguridad. Tal decisión corresponde de hecho al jefe de la -- unidad que dirija las operaciones de investigación. No obstan -- te, el apartado segundo del artículo 4º añade que el Ministro -- del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del

Estado "comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo...".

El último derecho o garantía cuya suspensión contemplan el artículo 55, 2º y la Ley orgánica es el secreto de las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas. Paradójicamente, corresponde adoptar esta decisión al Juez y no al Ministro (98), con lo cual puede decirse que la legislación antiterrorista no establece ningún sistema especial, ya que la propia Constitución autoriza la intervención de las comunicaciones mediante resolución judicial. Bien es cierto, y aquí se halla la particularidad, que el apartado 2º del artículo 5º, añade que "en caso de urgencia, esta medida (la observación postal, telegráfica o telefónica) podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde -- que fué ordenada la observación". Quiere ello decir que la legítima suspensión de este derecho al margen del procedimiento ordinario no sólo exige que concurren las circunstancias que establece el artículo 1º de la Ley, sino que además debe tratarse de un "caso de urgencia", concepto jurídico indeterminado cuya apreciación corresponde en principio a la Administración, pero que permite una eventual fiscalización jurisdiccio-

98) En cambio, en la normativa anterior de 1978 la suspensión era ordenada por el Ministro, quien inmediatamente había de comunicárselo al Juez para su confirmación o revocación en un plazo de 72 horas.

nal. En cualquier caso, parece evidente que las consecuencias de esta figura de suspensión carecen de excesiva trascendencia, pues, en el peor de los casos, la única peculiaridad con res - pecto al régimen ordinario del artículo 18,3º es que durante - un periodo máximo de 72 horas se pueden intervenir las comuni- caciones sin el correspondiente mandato judicial.

El puntual y detallado desarrollo del apartado primero del artículo 55,2º contrasta con la nula atención que ha merecido el apartado segundo del mismo precepto; en este caso la ley de "desarrollo", que mejor pudiera llamarse de remisión, se limi- ta a recordar que "la utilización injustificada o abusiva de - las facultades contenidas en la presente Ley producirá la res- ponsabilidad prevista en el último párrafo del artículo 55,2º de la Constitución". Se trata de la "responsabilidad penal, co- mo violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes". Sin embargo, este precepto plantea, a mi juicio, varios problemas y, desde luego, creo que merecía una mayor considera- ción por parte del legislador. Ante todo, como ha señalado Cruz Villalón (99), porque si cada una de las órdenes del Ministro ha sido ratificada por el juez, o se entiende que esta ratifi- cación implica la constatación de que la orden no es injustifica da y abusiva, o habrá que proceder criminalmente también con - tra la autoridad judicial que ha ratificado esa orden. En se - gundo lugar, el legislador parece haber entendido que el artí- culo 55,2º, apartado segundo, constituye un simple recordato - rio de los artículos 178 y siguientes del Código Penal (100),

99) Vid. "La protección extraordinaria del Estado", cit. p. 683.
100) Sección Segunda del Capítulo II del Título II del libro - II del Código Penal: "De los delitos cometidos por los --

pero este criterio es muy discutible ya que, de haberse querido así, no hubiera hecho falta decirlo en la Constitución; por ejemplo, el artículo 184 dice que "el funcionario público que practicase ilegalmente cualquier detención incurrirá en la pena...", por lo que pudiera suponerse que si la detención no -- respeta las condiciones de la Ley de 1 de diciembre de 1980, -- deberá considerarse ilegal y el funcionario incurso en responsabilidad penal. Sin embargo, en este caso por detención ilegal se suele entender aquella que resulta claramente arbitraria y sin fundamento legal alguno (101), mientras que la Constitución habla sólo de utilización injustificada o abusiva, lo que es comprensible si tenemos en cuenta la gravedad de las medidas. Por ejemplo, resulta injustificado que el Ministro del Interior ordene la observación postal o telefónica si no se -- trata de un efectivo "caso de urgencia", aún cuando en el juicio posterior se demuestre que la persona afectada había participado en actos terroristas, pues dicha forma de suspensión debe ser decidida por el juez; existe utilización abusiva cuando se prolonga la detención hasta el término final de los diez -- días sin que ello resultase necesario para los fines investigadores, etc. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Código Penal no prevé todas las conductas posibles de utilización injustificada o abusiva; así, en el supuesto de las escuchas -- telefónicas ordenadas por el Ministro fuera de los casos de urgencia, sería muy difícil hallar un tipo penal adecuado y pro-

funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes".

101) Vid., por ejemplo, Sentencia de 6 de junio de 1935.

blemente sería preciso acudir a una interpretación analógica, que como es lógico se halla prohibida en el ámbito punitivo. - En definitiva, creo que el artículo 55,3º apartado segundo no puede concebirse como una innecesaria cláusula dirigida sencillamente a recordar que las autoridades que hacen uso de la legislación antiterrorista siguen sometidas al imperio de la ley y del Derecho, sino que está requiriendo su específico desarrollo a través de concretos tipos penales; tipos penales cuya -- función debe ser delimitar los supuestos en que las facultades extraordinarias concedidas en esta ley se usan de modo injustificado o abusivo.

Finalmente, el "adecuado control parlamentario" se reduce a una información que cada tres meses deberá suministrar el Gobierno al Congreso y al Senado (artículo 7 de la Ley), aunque nada excluye que el Parlamento utilice otros medios de fiscalización más vigorosos contemplados en el Reglamento, como las - comisiones de investigación, etc.

En síntesis, el artículo 55,2º y la ley orgánica de desarrollo constituyen, a mi juicio, un procedimiento traumático para los valores del Estado de Derecho, aunque no en la medida que pudiera suponerse tras una primera lectura de la ley. Si esta se aplica con el suficiente escrúpulo, el sacrificio es relativamente pequeño, pues el juez acapara casi todas las competencias o al menos las más importantes. Salvo la prolongación del periodo de detención, tal vez excesivo, la regulación vigente no es en sí misma particularmente rigurosa (102) y quizás tam-

102) Insistimos en que hablamos de las normas y no de su aplicación, en la que sin duda pueden producirse abusos. Vid. - "Informe de una Misión de Amnistía Internacional a España", Londres, 1980.

poco demasiado eficaz para combatir el terrorismo, pues, con -
la excepción indicada, la regulación de las demás medidas no -
se aparta de forma muy importante del sistema ordinario. En --
cualquier caso, sería muy conveniente que el legislador no ol-
vidase que este tipo de legislación debe ser transitoria y que
no puede concebirse como "normal" ni tomar carta de naturaleza
en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

Para una mayor facilidad en la localización de los textos que sirven de fundamento a estas conclusiones, respetamos -/ aquí la sistemática de capítulos que figura en el Índice.

INTRODUCCION

PRIMERA.- La delimitación rigurosa del concepto de derechos fundamentales presenta importantes dificultades que obedecen, sobre todo, a dos motivos. En primer lugar, los derechos fundamentales constituyen una noción prestigiosa en cuyo nombre pretenden ampararse los más diversos movimientos y opiniones y por ello mismo carecen de un significado preciso y universalmente aceptado. En segundo lugar, representan una de las más relevantes herencias del iusnaturalismo, por lo que resulta difícil prescindir / de la ecuación derechos naturales-derechos fundamentales.

SEGUNDA.- La neta diferenciación entre el ser y el deber ser, / obra del positivismo, y la comprobación de las relaciones entre el modo de pensar y el modo de vivir, obra de la ciencia histórica, hacen hoy insostenible la doctrina de los derechos naturales. Rechazamos, sin embargo, el fatalismo epistemológico de suponer que los derechos fundamentales sólo son accesibles desde las --/ premisas del iusnaturalismo. Los derechos fundamentales son un / concepto histórico aún cuando nacieron en una época racionalista, o sea, antihistórica.

TERCERA.- El problema de la fundamentación de los derechos del hombre comprende, al menos, una triple dimensión. Primero, el -/ fundamento de la existencia nos remite a una investigación histórico-Sociológica acerca de los factores que propician el fenómeno de los derechos humanos como filosofía y como Derecho. -- /

Segundo, el fundamento de la validez alude a un problema esencialmente jurídico y, en último término, político. Finalmente, / es en la fundamentación axiológica donde resulta más difícil --/ emanciparse de la teoría del Derecho Natural, pues hoy la parte más vigente de éste es precisamente su carácter de teoría moral. En este punto, creo que la concepción de los derechos fundamentales como concepto histórico, siendo valiosa, no es capaz de satisfacer plenamente las funciones antaño encomendadas al Derecho Natural.

CUARTA.- El fracaso del Derecho Natural es principalmente el --/ fracaso de aplicar la metodología científica al estudio del hombre. En este aspecto no creo que hoy sea posible construir una / moral científica, o sea, empírica. Sin embargo, desde una óptica secularizada, no vemos ninguna objeción en situar el criterio de moralidad en la naturaleza, en el comportamiento natural o no --/ condicionado del hombre; lo que sucede es que tal situación no / ha existido nunca en la historia y, desde luego, no es posible / deducir sus características. Pero, al mismo tiempo, el impulso / ético en busca de la acción moral-natural es irrenunciable, y, / en este sentido, es constatable que los derechos fundamentales / representan una conquista histórica emancipadora, pues acercan / a ese horizonte utópico en el que el comportamiento del hombre / histórico es, a la vez, natural y moral; acercan a ese momento / en el cual sí será posible construir una moral empírica. El valor de la libertad, que cristaliza jurídicamente en los derechos --/ fundamentales, es algo más que un elemento "interior" del Estado nacido de la revolución; es un elemento que trasciende de su momento histórico en cuanto que alude en primer lugar al cambio. La libertad en sentido amplio equivale a la autodeterminación y, por ello, en lo que tiene de principio dinámico, no consagra ningún valor material; no se refiere al resultado de la historia sino a la forma de hacerla. En este aspecto, los derechos fundamentales son necesarios sólo en el sentido de que es necesario hacer al hombre, a todos los hombres por igual, artífices de su propia historia.

CAPITULO PRIMERO.

PRIMERA.- Los derechos fundamentales no son concebibles en cualquier sistema político; histórica y lógicamente, su desarrollo / como garantías jurídicas individuales debe enmarcarse en la fórmula política que se condensa en el Estado de Derecho. Los derechos fundamentales requieren una cierta forma de organización -/ política, pero al mismo tiempo representan la referencia ideológica del propio Estado; constituyen el fundamento material que / "compromete" de forma decisiva la noción de Rechtsstaat, impidiendo una interpretación puramente técnica o formal que terminase / por identificar el Estado de Derecho con el Estado de leyes. El Estado de Derecho es un Estado de cierto tipo de leyes, que incorpora un conjunto de valores o criterios de legitimidad material que pueden resumirse en el catálogo de derechos fundamentales. Por ello, la evolución ideológica y no técnica del Estado / de Derecho creemos que debe seguirse a través de la propia evolución de los derechos fundamentales. Principalmente, a partir / de este análisis será posible calificar al Estado de Derecho como liberal, social o democrático.

SEGUNDA.- En relación con el problema fundamental de conjugar / la libertad con el Estado, partimos de la noción marxista del -/ hombre como ser genérico, fijando en el ideal de la emancipación la finalidad u objetivo de los derechos humanos. Lógicamente, -/ ello requiere la consecuente reivindicación del humanismo socialista y la superación de los planteamientos economicistas. Este punto de vista se justifica por la paradójica perspectiva crítica de Marx ante los derechos del hombre, pero, sobre todo, porque se trata de un humanismo moderno que supera la exclusiva proyección jurídico-política. En síntesis, y cualquiera que sea el -/ punto de vista acerca de la futura evolución de las formas estatales, se estima que la realización del hombre como "ser genérico" se inicia a partir del Estado, donde se desarrolla su dimensión de ciudadano. En este sentido, se concibe que la democracia

social asume y profundiza los valores de la democracia política, respetando las libertades y en general todas las garantías del / Estado de Derecho, que conservan un valor intrínseco y no puramente instrumental. Pero, a su vez, la democracia política no -/ puede ser plena sin democracia social, y, en cierto modo, debe / reconocerse la validez última del planteamiento kantiano, en cuanto que quienes no son independientes, quienes permanecen vinculados por lazos de sometimiento, carecen de la autonomía necesaria para que su voluntad política se exprese plenamente libre, sin / condicionamientos. La democracia integral es presupuesto de la / realización de la libertad.

TERCERA.- La definición de España como un Estado social y democrático de Derecho constituye una cláusula prescriptiva y no meramente descriptiva, que ordena o prohíbe conductas, pero que -/ principalmente despliega su eficacia como norma que permite mandar, prohibir o permitir, es decir, que ofrece cobertura constitucional a unos determinados comportamientos de los poderes públicos. En este sentido, la realización plena del tipo de Estado propuesto en el artículo 1,1º de la Constitución requiere ineludiblemente una voluntad política que actúe y vivifique los elementos técnicos e ideológicos que conforman el Estado social y / democrático.

CUARTA.- Respecto del significado del Estado social y democrático de Derecho no parece existir acuerdo ni en la doctrina ni tampoco en la intención de las Cortes Constituyentes, sobre todo en lo relativo al Estado democrático de Derecho que por unos se concibe desde óptica liberal-democrática, mientras que para otros / representa la fórmula política de una sociedad socialista no autoritaria. En principio, ambas opiniones son legítimas, pero, al margen del significado concreto de la expresión, creo que nuestro texto constitucional autoriza una evolución del Estado y de la / sociedad que bien puede culminar en una fórmula análoga a lo que hoy se conoce, desde perspectivas socialistas, como Estado democrático de Derecho. En este punto, y a título de mero ejemplo, / baste recordar los artículos 9,2º, 128, 129, 131 y, en general, / todos los comprendidos en el Capítulo III del Título I.

QUINTA.- No creo que exista base textual para sostener la existencia de una "sucesión" de Estados, del social al democrático. Parece más correcto buscar una fórmula integradora, que logre -/ superar la aparente contradicción entre el elemento social y el democrático. En este sentido, se sostiene que la distancia entre el neocapitalismo y el socialismo es mucho mayor que la que separa al Estado social del democrático. Creemos conveniente una prudente rehabilitación del Estado social, en cuanto que éste aporta una serie de elementos técnicos o instrumentales irrenunciables que no son incompatibles con la ideología participativa que incorpora el Estado democrático. La vinculación entre Estado social y neocapitalismo, con ser históricamente cierta, no representa una característica esencial del Estado social de Derecho, cuyas funciones pueden ponerse al servicio de postulados distintos y, sobre todo, pueden actuarse a partir del principio de --/ autodeterminación democrática del pueblo. En este punto, reviste particular importancia la distinción ya señalada entre elementos ideológicos y técnicos del Estado de Derecho, lo que nos conduce a un análisis de las funciones del Derecho y del catálogo de Derechos fundamentales en nuestra Constitución. La dimensión ideológica del Estado social es ante todo un problema de sujetos históricos, de voluntad política, más que de métodos jurídicos. El proyectado Estado democrático de Derecho no representa en lo sustancial un nuevo "tipo de Estado", sino que sus exigencias se -/ desarrollan principalmente en el ámbito de las relaciones sociales, llevando el principio democrático más allá de las fronteras del Estado; en el ámbito del Estado, y precisamente por influencia del elemento social, sucede que esas relaciones sociales se encuentran "publicadas", son en cierto modo funciones públicas, por lo que la aportación principal del Estado democrático en este plano ha de consistir en la democratización de esas funciones que, en gran parte, se desarrollan en unos ámbitos de inmunidad impensables en el seno de las funciones tradicionales de garantía y represión custodiadas de modo fundamental por el Estado-representación. Finalmente, constatamos que en el texto constitucional se articulan de modo coherente los elementos propios del

Estado de Derecho, incorporando las aportaciones del Estado social y del democrático, por lo que, en el plano de la exégesis constitucional, parece correcto buscar una noción integradora de la -/ fórmula enunciada en el artículo 1,1º, en la que la idea de libertad se presenta como el nexo de unión entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

SEXTA.- Junto a la definición del Estado, el artículo 1,1º de la Constitución incorpora un elemento finalista o teleológico expresado en los cuatro valores que se propugnan como superiores del ordenamiento jurídico. Esta explícita enunciación de los valores no debe calificarse de iusnaturalista, pues la superación por -/ nuestra ley fundamental del estrecho horizonte de la mera organización de los poderes del Estado y la decidida reivindicación de unos valores sólo significa que el artículo 1,1º, partiendo de la soberanía popular, está enfocado desde una perspectiva global -/ que no se circunscribe al ámbito de preocupaciones propias del / tradicional Derecho político. En cualquier caso, lo que debe rechazarse es la pretensión de dotar de "vigencia" al Derecho natural mediante las llamadas cláusulas de intangibilidad. El alcance político de los valores es simplemente el de resumir de modo explícito la ideología del poder; todo poder es un poder ético, / en el sentido de que pretende plasmar los anhelos o intereses de quienes ostentan su titularidad, pero en nuestro caso esa ideología aparece expresada de modo rotundo en el mismo pórtico constitucional. El planteamiento del artículo 1º encierra una consecuencia importante, a saber: que la Constitución española no es sólo un texto jurídico de organización de los poderes del Estado o, / traduciéndolo a la dimensión jurídica, que no es sólo la norma / que regula la creación de normas; y, sobre todo, que la Constitución no se convive, desde la perspectiva de la autolimitación, / como una norma rigurosamente del Estado y para el funcionamiento del Estado, sino que es algo más; es una decisión fundacional, / superior a los concretos órganos estatales, que se manifiesta -/ en la afortunada expresión "se constituye" y que impone al modelo de Estado (social y democrático de Derecho) un objetivo finalista, una razón de ser para el ejercicio del poder: la consecución de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo -/

político. Ello supone la superación del positivismo estatalista y del constitucionalismo conservador del siglo XIX. En este aspecto, los valores superiores satisfacen una función de legitimidad crítica sobre las leyes, sin perjuicio naturalmente de su función jurídica al servicio de la interpretación e integración del ordenamiento; constituyen, además, el fundamento axiológico / de los derechos humanos que se articulan en el Título I.

SEPTIMA.- En relación con la justicia, que es tal vez el valor, más ambiguo y que ofrece mayores dificultades de interpretación, creo que la Constitución incorpora una noción material y no formal, en el sentido de que el Derecho debe perseguir la realización de unos ciertos postulados, de un determinado sistema axiológico. Desde una perspectiva democrática y secularizada, creo que en dicho sistema cabe distinguir entre unos valores constitucionales, singularmente la libertad y la igualdad, y unos valores variables que se concretan en cada momento en los ideales e intereses de la mayoría. Creo que la solución contraria, que / pretendiese buscar unos principios de justicia trascendentes e / inmutables resultaría en la práctica radicalmente incompatible con el tipo de organización política establecido en la Constitución, que se basa en la libertad y en el pluralismo democrático.

OCTAVA.- En relación con el pluralismo político, estimamos que su mención en el artículo 1,1º resulta acertada, no sólo por evidentes motivos históricos, sino porque dicho valor no se identifica con la libertad, sino que enriquece ésta, obligando a una / actitud favorecedora del ejercicio de la libertad al considerar que su resultado, el pluralismo, es un elemento positivo para la sociedad y para el Estado. En este sentido, el pluralismo se configura como un principio moderador del arbitrio de los órganos / estatales, sobre todo en su función promocional y de prestación. El pluralismo debe conectarse, por otra parte, con la filosofía tolerante y no dogmática que deriva de la Constitución, que legitima las más variadas opciones religiosas, éticas y políticas.

NOVENA.- La Constitución recoge un concepto muy amplio de igualdad, que comprende una igualdad jurídica y una igualdad real o / sustancial. A su vez, la primera se manifiesta en la tradicional igualdad ante la ley, pero también "en la ley", con lo que el -/ principio de igualdad viene a satisfacer una función limitadora de la actividad legislativa. Igualdad política y derechos fundamentales aparecen lógicamente e históricamente vinculados; el derecho subjetivo constituye una característica esencial del orden jurídico medieval, y el elemento que transforma los privilegios en / libertades es precisamente la igualdad, como instancia unificadora y a la vez de generalización de esa "libertas" medieval. En este sentido, bien puede decirse que la gran aportación del Derecho moderno no ha sido la libertad, sino la igualdad, que explica el nacimiento del concepto de ciudadanía como status jurídico igual de todos los individuos integrados en la comunidad. Lo que caracteriza a la libertad moderna no es el descubrimiento de la autonomía individual, sino su generalización. En el Estado liberal, la igualdad se entiende como idéntica capacidad jurídica, / lo que se opone tanto a los privilegios de estirpe como a una -/ identidad de hecho; es más, no supone una igual capacidad de --/ obrar, por lo que no excluye los privilegios jurídicos y, en definitiva, se reduce a una exigencia de generalidad y abstracción de la norma.

DECIMA.- Nuestra Constitución configura la igualdad jurídica, / no como un principio orientador, sino como un verdadero derecho fundamental, que goza de la especial tutela del recurso de amparo judicial y constitucional. La caracterización de este derecho presenta numerosas dificultades y, a mi juicio, resulta infructuosa la pretensión de concebir la igualdad como un derecho fundamental autónomo. La garantía de un tratamiento igual no constituye un derecho subjetivo, sino un modo de ser de los diversos derechos subjetivos, lo que supone que la tutela de la igualdad no / puede obtenerse aisladamente, sino con motivo de la privación o restricción de un bien jurídico o de un derecho.

UNDECIMA.- La igualdad jurídica se manifiesta primeramente en el ámbito de la aplicación del Derecho, es decir, ante el Juez y ante la Administración, como una exigencia de seguridad jurídica y como un principio de interdicción de la arbitrariedad. En este / aspecto, el sentido mínimo de la igualdad consiste en la aplicación indiscriminada de la ley, en la justicia como regularidad / en términos de Rawls. Sin embargo, la igualdad no puede confundirse con el principio de legalidad porque en ningún caso el ordenamiento jurídico resulta tan perfecto como para hacer innecesaria la labor creadora de los jueces. En sede judicial, creo -/ que el principio de igualdad presenta una triple dimensión: -/ garantizar la aplicación no discriminatoria de la ley; servir de fundamento a la jurisprudencia, en cuanto que protege la certeza y seguridad de las decisiones judiciales; y, por último, orientar en la interpretación del Derecho, sobre todo como fundamento y límite de la analogía. En el plano administrativo, la igualdad es garantía de la interdicción de la arbitrariedad, lo que quiere decir que las potestades se atribuyen y ejercen con arreglo al / Derecho; destacamos en este aspecto los artículos 9,3º y 103 de la Constitución. Finalmente, la igualdad es una regla constitucional vinculante para el legislador que se manifiesta en aquellos preceptos que prohíben de manera expresa la utilización de un determinado criterio discriminatorio, como la raza, la religión, etc. Se expresa también en aquellos otros preceptos que -/ autorizan u ordenan el establecimiento de regulaciones particulares en atención a determinados criterios, como la edad. Cuando la Constitución no ofrece orientación expresa, el respeto de la igualdad requiere que exista una relación directa entre el hecho o particularidad que se alega como base de la distinción y la -/ propia diferenciación normativa y que ésta sea adecuada y proporcionada al fundamento que la especialidad supone. Todo ello se / pone de relieve en las diversas especificaciones de la igualdad en nuestra Constitución.

DUODECIMA.- No existe contradicción entre la igualdad jurídica del artículo 14 y la igualdad sustancial generosamente recogida en el artículo 9,2º; entre ambas existe una continuidad lógica e histórica, que debe afirmarse tanto frente a las posiciones del liberalismo tradicional como frente a las críticas de una cierta corriente del socialismo. No obstante, la igualdad sustancial no se configura como un derecho fundamental, sino como un principio orientador, lo que es debido no sólo a motivos ideológicos, sino también jurídicos, ya que la determinación de cuando la igualdad es real y efectiva constituye ante todo un problema de decisión política que debe atribuirse al legislador de cada momento. La / igualdad sustancial constituye un principio modulador de la actividad de los poderes públicos, sobre todo en materia económico-social y, al mismo tiempo, un criterio orientador en la interpretación de la igualdad jurídica del artículo 14.

CAPITULO SEGUNDO

PRIMERA.- La Constitución, al regular la creación de normas jurídicas generales y organizar el sistema jerárquico de fuentes, satisface ante todo una función política de distribución del poder entre los diversos órganos del Estado. Pese a esta función / política, es posible verificar un análisis jurídico desde categorías autónomas, pues ello no supone una concepción formal de / la justicia, ni una concepción del Derecho como forma, sino el / planteamiento de la ciencia jurídica como ciencia formal.

Sin embargo, el concepto de derechos fundamentales --/ trasciende del estricto plano jurídico; es un concepto histórico que aparece vinculado a una determinada forma de concebir la organización política y el uso del poder, es decir, a una determinada organización del sistema de fuentes. En concreto, los derechos fundamentales se configuran inicialmente como límites del / poder y hoy como obligaciones del Estado, de manera que su viabilidad depende de que la fuente de reconocimiento se imponga -/

jerárquicamente a todos los productos normativos de los diversos órganos del Estado.

SEGUNDA.- En su origen, los derechos fundamentales se hallan estrechamente relacionados con el concepto y la función de la ley en el mundo moderno, que, a su vez, debe comprenderse a partir / de las categorías del iusnaturalismo racionalista que inspiraron los primeros ensayos de incorporación al Derecho positivo de los derechos naturales. En este aspecto, es constatable en la filosofía de la Ilustración una concepción de la ley como simple relación immanente a los fenómenos, que se deduce de los propios hechos, haciendo imperar en el mundo político una especie de equilibrio natural. Al igual que la ley, que de acuerdo con las premisas enunciadas se concibe más como verdadera o falsa que como justa o injusta, los derechos fundamentales en el planteamiento racionalista no son fruto de la experiencia, sino de la evidencia que nace del examen de la naturaleza humana. No se confunde lo racional y lo real, sino lo racional y lo justo. La racionalidad de la ley depende de que se respete ese análisis de la naturaleza humana del que se deducen los derechos fundamentales.-/ La razón es el nexo que une los términos propuestos: los derechos del hombre sólo pueden expresarse mediante un instrumento de racionalidad jurídica, como es la ley; ésta, a su vez, para ser -/ racional, o sea, justa, viene irremediablemente avocada a garantizar el resultado de la deducción racional, es decir, los derechos del hombre. Sólo desde una perspectiva como la enunciada -/ puede entenderse que "la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes" (Voltaire). En el siglo XVIII es difícil distinguir entre racionalidad (contenido) y origen de la ley. Incluso en -/ Rousseau parece que el principio democrático se configura no como una instancia de legitimidad independiente, sino como una condición de que el contenido de la ley ha de responder a los postulados de justicia material. La garantía de los derechos fundamentales se halla en las mismas cualidades del concepto moderno de ley, sobre todo en la generalidad y abstracción que asegura la / igualdad, porque nadie es injusto consigo mismo (Rousseau).

TERCERA.- La conciencia de crisis o decadencia de la ley se traduce de modo principal en una idea de crisis de los derechos fundamentales (así Ripert). Probablemente, esta conciencia tiene su origen en la perplejidad que, desde las categorías jurídicas del liberalismo, produjo el Estado intervencionista (así Carnelutti). No obstante, el hecho de que uno de los temas centrales del pensamiento occidental desde los albores de la Revolución francesa haya sido el de la supuesta crisis de la sociedad moderna, nos / induce a afrontar el problema con un talante relativista.

Sin embargo, creo que la crisis de la noción decimonónica de la ley no ha de producir necesariamente una decadencia / de los derechos fundamentales, sino sólo del Derecho pensado por el liberalismo, que no del realmente existente. Los postulados / sobre la racionalidad y justicia de la ley, en particular rousseau- nianos, fueron en la práctica abandonados por el Estado liberal mientras se recitaban fragmentos del "Contrato social". La ver- dadera crisis de la ley no se inicia en el siglo XX como conse- cuencia de la ampliación de los fines del Estado, sino en el pro- pio Estado decimonónico.

CUARTA.- La constitucionalización de los derechos fundamentales representa el fracaso de la noción rousseauiana de ley y, al -/ mismo tiempo, traduce al lenguaje positivista la vieja idea de / los derechos naturales y de las leyes fundamentales que en un -/ principio, en el Estado absolutista, se identificarán con el De- recho privado que regula los asuntos domésticos, pues las normas que afectan al buen orden del gobierno pertenecen a la categoría de las "lois arbitraires". Sin embargo, la extensión revoluciona- ria del concepto de límites del poder al ámbito público, de una parte, y la incorporación al Derecho positivo de los derechos -/ fundamentales como obligaciones estatales, de otra, trae a un -/ primer plano el problema de la naturaleza del Estado y de las -/ fuentes normativas capaces de obligarle. En este aspecto, cuando entendemos los derechos como límites externos al poder del Esta- do, éste no puede ser concebido a partir de las doctrinas socio- lógicas o puramente jurídicas. El Estado no es la nación, ni el /

pueblo, ni el Derecho; ni siquiera la nación jurídicamente organizada, sino, en todo caso, la organización jurídica de la nación, el poder institucionalizado y la institución en que se concreta dicho poder. En consecuencia, para que los derechos fundamentales representen una obligación para el Estado, es necesario que su / fuente creadora se sitúe por encima de todo poder instituido, -/ esto es, en el poder constituyente.

Este planteamiento traslada el problema al análisis del poder; no del poder organizado que representa el Estado, sino del poder de hecho, metajurídico, que constituye el fundamento de la eficacia del ordenamiento jurídico y, por tanto de su validez. / Este punto de vista supone rechazar tanto la doctrina sobre la / autolimitación de la escuela alemana de Derecho público, como -/ la teoría kelseniana sobre el Estado, y situar el poder constituyente fuera del Estado. Ello supone, ante todo, cuestionar el concepto de soberanía como una cualidad propia del Estado y aceptar que la atribución del poder constituyente al pueblo es una / exigencia lógica de la democracia representativa, resultando inconcebible tanto en un régimen absolutista como de democracia -/ directa, en los que no cabe formular distinciones entre poder -/ constituyente y constituido.

QUINTA.- Frente a una cierta crítica de origen marxista, se estima que la Constitución, entendida en el sentido apuntado, resulta indispensable en el mundo contemporáneo para la generalización de la libertad, tanto en un sentido personal (que sea efectivamente disfrutada por todos los hombres) como material (que / no se circunscriba al ámbito político). Únicamente si los derechos fundamentales figuran en la Constitución, se impondrán inexorablemente a todos los órganos del Estado y servirán de instrumento para la generalización de la libertad a todas las esferas de la actividad humana. Sin embargo, no cabe especular ni suponer que la Constitución ha de entenderse "como si" tuviese su fundamento en el pueblo. Se trata de una condición histórica que reúnen ciertos sistemas políticos, pero no todos. En este aspecto, la proclamación de la soberanía popular suele ser un síntoma -/ fiable, pero sobre todo, habrá que atender al grado de garantía de los principios de libertad y democracia. Los derechos fundamentales son obligaciones del Estado sólo cuando el poder es - /

democrático, cuando descansa en el pueblo. La democracia no sólo no representa un peligro para la libertad, sino que constituye / su único fundamento posible en el mundo moderno.

SEXTA.- La Constitución española no se configura sólo como la / norma jurídica que regula la creación de normas jurídicas generales, como una simple norma de atribución de competencias, sino -/ que se trata de una verdadera fuente del Derecho, de una norma / jurídica creadora de derechos y obligaciones. Esta cualidad de / la Constitución española debe hacerse descansar, ante todo, en / la atribución de la soberanía nacional al pueblo, que se concre- ta más adelante en los artículos 9,1º, 53,1º, 103,1º, 106,1º, 117, etc. Todas estas proclamaciones se acompañan de una serie de de- fensas y medios de fiscalización sobre la actividad de los órga- nos del Estado; ante todo, de un sistema eficaz de garantías --/ constitucionales y, en segundo lugar, de la organización de un / poder de revisión lo suficientemente riguroso como para impedir que la reforma constitucional quede a merced de los propios po- deres del Estado, que son los primeros titulares de la obligación.

En este sentido, constatamos que el núcleo esencial de los derechos fundamentales resulta prácticamente intangible. No obstante, la Constitución no ha recogido ninguna cláusula de in- tangibilidad, lo que es un acierto, ya que aceptando, como no -/ podía ser de otro modo, que dichas cláusulas no impiden de hecho los cambios constitucionales, estimamos que también son rechaza- bles desde una óptica de política jurídica, ya que al tolerar la reforma dentro de la Constitución ofrece una base de integración para la disidencia y, con ello, priva de toda legitimidad a las posturas que propugnan el cambio extraconstitucional o a través de la violencia. Por ello, bien puede decirse que nuestro legis- lador acepta el sacrificio del conjunto de su obra a cambio de / salvaguardar dos valores, sin duda esenciales, como son la paz y la democracia; se consuma así la primacía de la forma sobre el / fondo, de las reglas del juego democrático sobre los principios materiales del Estado de Derecho. El artículo 10,4º, de clara -/ evocación iusnaturalista, no desvirtúa, a mi juicio, la tesis --/

enunciada; los derechos fundamentales son revisables, aunque tal poder se atribuya a un órgano especialísimo que no se confunde / con ninguno de los poderes ordinarios del Estado; en este aspecto, se consideran suficientes las garantías que ofrece la reforma de los derechos fundamentales.

SEPTIMA.- La caracterización de los derechos fundamentales como obligaciones del Estado exige que aquellos sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectivo respeto. / Este punto de vista se ve confirmado tras el análisis de varias sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, / que reconocen el valor inmediatamente vinculante de la Constitución para todos los ciudadanos y poderes públicos, en particular de las llamadas normas materiales, entre las cuales ocupan un -/ lugar destacado los derechos fundamentales. Asimismo, se presta una especial atención a la fuerza derogatoria de la Constitución, entendiendo que la pretendida opción entre inconstitucionalidad y derogación es un falso dilema, por lo que se sostiene la competencia tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional; en este aspecto, se trata de probar la falta de fundamento de la distinción entre validez y vigencia en que se apoya la solución contraria.

OCTAVA.- En relación con las normas constitucionales que reconocen los principios rectores de la política social y económica, / que sin duda son aquellas que pueden ofrecer mayores dudas en -/ cuanto a su valor vinculante, se estima ante todo que la cualificación jurídica no se funda exclusivamente en la expresión lingüística de la norma, pero tampoco en el simple nominalismo que deriva de la inclusión en un texto legal. En síntesis, creo que los principios no son declaraciones retóricas, sino verdaderas / normas jurídicas que siempre deben tenerse en cuenta por los poderes públicos; lo que sucede es que, mientras no se proceda al desarrollo legal, no cabe hablar de derechos subjetivos, pues -/

aún no se ha precisado el contenido de la obligación correspondiente ni se han arbitrado los medios de tutela jurisdiccional. De esta forma, la fuerza obligatoria de dichos preceptos se concreta en la prohibición de emanar normas jurídicas contrarias a sus mandatos u orientaciones, al menos mientras no se produzca / el desarrollo legislativo.

NOVENA.- Al legislador le corresponde la tarea de desarrollar / los derechos fundamentales, pero no de ampliar su catálogo; podrá reconocer nuevos derechos subjetivos, que pueden ser política o sociológicamente fundamentales, pero desde una perspectiva jurídica no serán comparables a los recogidos en el Título I, -/ entre otras razones porque ya no vincularán a todos los poderes del Estado. No obstante, de modo indirecto, el legislador puede crear nuevos derechos mediante la especificación de las facultades comprendidas en cada uno de los derechos del Título I. En -/ cualquier caso, dicho desarrollo debe verificarse respetando el "contenido esencial" (artículo 53), cláusula que no juzgamos excesivamente afortunada para una mejor fiscalización del legislador, aunque en nuestra Constitución tenga un sentido más progresista que en la Ley Fundamental alemana, ya que no alude sólo a la limitación, sino en general a la regulación de los derechos, comprendiendo, por tanto, también una dimensión positiva que se concreta en la plena satisfacción de los mandatos constitucionales.

DECIMA.- Aunque la ley ha perdido en parte su antiguo prestigio y majestuosidad, es evidente que, junto a la Constitución, sigue siendo la única norma estatal capaz de infundir confianza como / garante de los derechos fundamentales. La Constitución configura una democracia parlamentaria de legitimidad única, por lo que la ley lo puede todo, no reconociendo ninguna otra norma que, de -/ acuerdo con un criterio de competencia, se sitúe al mismo nivel. En este sentido, el principio de legalidad se manifiesta en la / doble dimensión de la supremacía y de la reserva. No cabe hablar en nuestro Derecho de reglamentos independientes si ello supone

reconocer la existencia de espacios vacíos, de áreas de inmunidad en favor de la Administración, lo que tampoco implica que deba exigirse en todo caso una habilitación legal específica y detallada; el vigor de la cobertura legal dependerá del modo en que esté formulada la reserva. De ahí que a la luz de los artículos 53 y 81, debamos afirmar que en relación con los derechos fundamentales / ese vigor es absoluto, por lo que la ley se configura como decisión primaria y preferente. Ello no quiere decir que a la Administración no le corresponda una tarea importante, sobre todo en relación con aquellos derechos que generan una obligación positiva, pero su actividad deberá ajustarse escrupulosamente a los mandatos de la ley.

UNDECIMA.- La ley orgánica constituye el instrumento específico de desarrollo de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I. Estas leyes, aunque inspiradas en la ley orgánica francesa, sirven unos objetivos jurídicos y políticos completamente diferentes a los que satisfacen / sus homónimas de la V República. Entre ley orgánica y ordinaria existe una relación de jerarquía en cuanto que es posible en algunos supuestos que ambas tengan el mismo objeto material de regulación. Creo que este punto de vista ha sido confirmado por / el artículo 28,2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

DUODECIMA.- Los acuerdos o convenios entre Estados constituye / la fuente principal de los derechos fundamentales en el Derecho internacional; en el plano interno lo que caracteriza a estos / convenios es que no se dirigen a regular las relaciones entre / los Estados, sino que manifiestan su vocación de norma interna, vinculante para los órganos públicos y para los ciudadanos. Por ello adquieren aquí especial relieve los problemas de la recepción y del valor jurídico de los tratados internacionales. En / relación con el primero, estimo que la Constitución opta por un sistema de recepción automática, por cuanto la publicación se / configura como un acto debido y, por tanto, no constitutivo. --/

Respecto del segundo, creo que es lógico interpretar que los tratados tienen una categoría superior a la de las leyes, aunque la solución no parece satisfactoria desde la perspectiva del principio de legalidad, por lo que sería deseable que el artículo 96 / de la Constitución se refiriese sólo a la dimensión externa de / los tratados, pero no a su cualidad de norma interna. Finalmente, el precepto contenido en el artículo 10,2º de la Constitución -/ creo que era innecesario y que, en todo caso, indica sólo una -/ pauta o criterio interpretativo preferente, pero en modo alguno constitucionaliza la Declaración Universal o los convenios sobre derechos humanos.

CAPITULO TERCERO

PRIMERA.- La sistemática constitucional en materia de libertades públicas no se ajusta con precisión a ninguno de los criterios / habitualmente utilizados por la doctrina, ni en la denominación de las secciones y capítulos, ni tampoco en los criterios que -/ han inspirado la inclusión de los diferentes derechos en cada / uno de los apartados. En líneas generales, la clasificación de / los derechos se relaciona con dos de los elementos más importantes de su régimen jurídico: el sistema de fuentes y las garantías. Atendiendo al primero, se distingue entre aquellos derechos que sólo podrán regularse por ley (Capítulo II) de aquellos otros -/ que, enunciados en los capítulos I y III, admiten una reglamentación de otra naturaleza. A su vez, la división del Capítulo II en dos secciones debe relacionarse con la reserva de ley orgánica del artículo 81,1º y con el sistema de garantías del artículo 53,2º. Los criterios elegidos parecen útiles y acertados; no así la denominación de las Secciones y Capítulos, que juzgamos ambigua y escasamente científica.

SEGUNDA.- En cuanto a las clasificaciones doctrinales, cabe constatar su enorme variedad y los resultados escasamente coincidentes que se obtienen por los autores. No obstante, entre los criterios principales, deben señalarse los siguientes: titular del derecho, que puede ser individual y colectivo, universal o particular; objeto o finalidad del derecho, que atiende de modo principal a los valores o intereses tutelados por el derecho; y, finalmente, modo de ejercicio y contenido de la obligación, que es probablemente el más significativo desde una perspectiva jurídica. Todos estos criterios pueden ser ensayados sobre el Título I de la Constitución.

TERCERA.- Por nuestra parte, y de acuerdo con el primero de los criterios enunciados, atendiendo a la situación del titular frente al Estado, distinguimos entre derechos del hombre en general, derechos de los ciudadanos, derechos de los españoles y / derechos de los extranjeros y apátridas. Siguiendo el criterio / del contenido o finalidad del derecho, creo que todos ellos son reconducibles a los dos grandes valores de la libertad e igualdad. Finalmente, tratando de conjugar el modo de ejercicio con / el contenido de la obligación, clasificamos los derechos fundamentales en cuatro categorías, a saber: libertades autonomía, / derechos de crédito, derecho de participación y derecho a obtener la tutela de derechos, si bien este último constituye en realidad un derecho de participación.

CUARTA.- No creo que el catálogo de derechos fundamentales constituya un sistema jerárquico. Con finalidades puramente explicativas, puede afirmarse que algunos derechos derivan de otros más genéricos, pero tal constatación parece irrelevante en el plano jurídico. No existe un "derecho radical", causa u origen de todos los demás que deba ser respetado de modo preferente en todos los supuestos de colisión.

CAPITULO CUARTO

PRIMERA.- La organización de las libertades supone siempre limitación y condicionamientos, que se traducen en la existencia de un sistema de control del ejercicio de los derechos fundamentales. Cabe distinguir cinco modelos: sistema represivo, regimen de comunicación o inscripción, regimen de comunicación seguida de prohibición, regimen de autorización previa y, por último, atribución a la autoridad gubernativa de una potestad de prohibición / o suspensión. En líneas generales, nuestra Constitución se ajusta al primero de los sistemas, que es el más favorable a la libertad, y que se concreta en el libre ejercicio de los derechos fundamentales, realizándose la fiscalización a posteriori por la autoridad judicial. Ello no excluye la existencia en algunos casos de un regimen de comunicación inscripción, pero sin que la autoridad gubernativa goce de la potestad de prohibir o suspender el / ejercicio del derecho. Los demás sistemas tienen en nuestro ordenamiento jurídico una importancia secundaria.

SEGUNDA.- La suspensión de los derechos fundamentales se define como el levantamiento provisional de alguna de las obligaciones que para los poderes públicos generan ciertos derechos fundamentales. Se trata de una institución habitual en el Estado de Derecho, pero que no es técnicamente concebible en un marco jurídico-político diferente, cuya finalidad se relaciona con la propia supervivencia de las instituciones, por lo que su origen remoto --/ bien puede situarse en la llamada dictadura comisoria. No obstante, la tendencia hacia la limitación y juridificación del poder que caracteriza al Estado de Derecho se ha proyectado también / en este capítulo de la defensa del Estado en periodos extraordinarios y, en realidad, hoy el estado de sitio no guarda prácticamente analogías con ninguna de las formas de dictadura, por --/ cuanto se mantiene el pleno funcionamiento de todas las instituciones así como el ejercicio de la mayor parte de los derechos. Así sucede en nuestra Constitución, que recoge dos modalidades /

de suspensión: la tradicional, que se concreta en el estado de /
excepción y de sitio; y una nueva fórmula de suspensión indivi--
dual relacionada con las actividades terroristas.

TERCERA.- En líneas generales, la regulación constitucional de
los estados excepcionales respeta las exigencias propias del Es-
tado de Derecho, a saber: la declaración corresponde en lo fun--
damental al poder legislativo, ya sea de modo directo (estado de
sitio) ya sea a través de la forma indirecta, pero no menos efi-
caz, del Decreto autorizado que, en cierto modo, se asemeja a la
técnica de la delegación; muchos derechos fundamentales no son /
nunca suspendibles; la suspensión es por naturaleza limitada en
su duración; los poderes públicos y en particular el Parlamento
y el Poder judicial mantienen su normal funcionamiento, sin que
puedan disolverse las Cámaras; finalmente, en ningún caso la ac-
tividad de los poderes públicos durante los periodos excepciona-
les resulta inmune a la fiscalización.

CUARTA.- La modalidad de suspensión recogida en el artículo 55,
2º y desarrollada por la Ley de 1 de diciembre de 1980 está ins-
pirada, tal vez, en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn,
si bien presenta la notable peculiaridad de que no tiene carácter
represivo, sino preventivo o, mejor aún, de investigación de las
actividades terroristas. Esta modalidad, generalmente denominada
"suspensión individual de los derechos fundamentales" resulta en
la práctica tan general como cualquier otra. Sus diferencias con-
sisten en que el número de derechos que cabe suspender es sensi-
blemente menor, en su duración, que es indefinida, en que parece
existir un más riguroso control judicial; y, por último, en que
sólo procede en relación con la investigación de las actividades
de bandas armadas y elementos terroristas. En este sentido, debe
estimarse que la definición de terrorismo incorpora un elemento
finalista o teleológico cuya consideración por el legislador pa-
rece indispensable para una justa utilización del instituto. En
la práctica, sin embargo, la excepcionalidad de esta regimen es-
pecial ha quedado muy limitada en cuanto que la autoridad judicial
cuenta con poderosos medios de fiscalización, hasta el punto de
que a ella corresponde adoptar las más importantes decisiones.

955

B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A

La presente bibliografía recoge todos los títulos -/
citados en este trabajo, así como algunos otros que han sido /
tomados en consideración o que resultan de especial interés -/
para profundizar en determinados aspectos de la investigación
realizada.

ABARCA, P., "Nacionalidad y extranjería en la Nueva Constitu--
ción", en "Lecturas sobre la Constitución española", UNED, vol.
I, Madrid, 1978.

ABENDROTH, W., "Sobre el concepto de Estado de Derecho democrá-
tico y social tal como se formula en la Constitución de la Re-
pública Federal de Alemania"; en "Festschrift zum 70. Geburts-
tag von Ludwig Bergsträsser", A. Hemann, Düsseldorf, 1954, --/
trad. de M. Sacristán en "Sociedad Antagónica y Democracia Po-
lítica", ed. alemana de 1967, Grijalbo, Barcelona, 1972.

ACCATTATIS, V., "Istituzioni e lotte di classe. Dalla crisi de-
llo Stato di diritto al sorgere dello Stato assistenziale", -/
Feltrinelli, Milano, 1976.

ADLER, "La concezione dello Stato nel marxismo. Confronto con
le posizioni di H. Kelsen", de Donato, Bari, 1979.

AGUILAR NAVARRO, DIAZ GARCIA; GONZALEZ CAMPOS, GONZALEZ CASANO-
VA, DE ESTEBAN; RUIZ-GIMENEZ, TIerno GALVAN, TORRES BOURSALT,
TRUYOL y otros, "Democracia y derechos humanos", Cuadernos pa-
ra el Diálogo, extra XII, Madrid, 1968.

AGUILAR NAVARRO, M., "Derecho Civil Internacional", vol. II -/
del "Derecho Internacional Privado", Facultad de Derecho de la
Universidad Complutense de Madrid, 1975.

ALBACAR, J.L., "La protección de los derechos fundamentales en
la nueva Constitución española", Ministerio del Interior, Ma-
drid, 1979, (Texto de la ponencia española en la IV Conferen-
cia de Tribunales Constitucionales, Viena, octubre 1978).

ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N., "La protección procesal internacional de los derechos humanos", Civitas, Madrid, 1975.

ALMAGRO NOSETE, J., "La protección procesal de los derechos humanos", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, nums. 2 y 3, Madrid, 1972.

_____, "Poder judicial y Tribunal de Garantías en la Nueva Constitución" en "Lecturas sobre la Constitución española", -/ vol. I, UNED, Madrid, 1978.

_____, "Justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", Dykinson, Madrid, 1980.

ALTHUSSER, L., "La revolución teórica de Marx", trad. de M. -/ Harnecker de la obra "Pour Marx", Maspero, París, 1965, Siglo XXI, 6ª ed., México, 1971.

_____, "Montesquieu, la Politique et l'Histoire", P.U.F., París, 1969, trad. de M. Ester Benítez, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1968.

ALVAREZ GENDIN, S., "El Estado de Derecho", Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1960, t. II, p. 827-854.

ALZAGA, O., "La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)", Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

AMATO, G., "Rapporti fra norme primarie e secondarie", Giuffrè Milano, 1962.

ANCEL, M., "Les droits de l'homme et le Droit pénal", en "R. / Cassin, Amicorum discipulumque", liber, IV, "Methodologie des Droits de L'Homme", Pedone, París, 1972, p. 219-230.

ANGELL, E., "Les aspects Constitutionnels des libertés publiques aux Etats-Unis", Dalloz, París, 1964.

ANTONOPOULOS, N., "L'influence de la Déclaration Universelle / des Droits de l'homme sur les Constitutions Contemporaines", Politique, 13, p. 1-35.

ARANGUREN, J.L., "El marxismo como moral", Alianza ed., 1ª ed, 1968, 3ª ed., Madrid, 1970.

ARAGON REYES, M., "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", Revista de Estudios Políticos nº 7 nueva época, enero-febrero, 1979, p. 182 y s.

ARIGOS, C.R., "La competencia en la acción de amparo", Depalma Buenos Aires, 1970.

ARON, R., "Ensayo sobre las libertades", trad. de R. Ciudad de la edición francesa de 1965, 2ª edición, Alianza, Madrid, 1969

ATIENZA, M., DIAZ, E., FERNANDEZ ROZAS, J.C., GONZALEZ CAMPOS, J., PECES-BARBA, G., "Política y Derechos humanos", Fernando / Torres, Valencia, 1976.

ATIENZA, M., "Derechos naturales y derechos humanos: un problema semántico" en "Política y Derechos humanos", Fernando Torres Valencia, 1976.

_____ "Sobre la clasificación de los derechos humanos en la / Constitución", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 2, monográfico.

_____ "La crítica de Marx a los derechos humanos", Revista -/ Sistema nº 37, julio, 1980, p. 3 y s.

AZNAR SANCHEZ, J., "Los tratados internacionales en la nueva / Constitución" en "Lecturas sobre la Constitución española" --/ UNED, vol. II, p. 531 y s.

BACHOF, O., "Jueces y Constitución", trad. de R. Bercovitz de la obra "Grundgesetz und Richtermacht", Tübingen, 1959, Taurus Madrid, 1963.

BAENA DE ALCAZAR, M., "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

BALLADORE-PALLIERI, CALAMANDREI, CAPOGRASSI y otros, "La crisi del Diritto" a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, CEDAN, Padova, 1953. Hay edición castellana a cargo de M. Cheret, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

BALLADORE-PALLIERI, G., "La dottrina de H. Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale", Rivista di Diritto internazionale, 1935, p. 24 y s.

_____ "Diritto Costituzionale", 10ª ed., Giuffrè, Milano, --/ 1972.

BARATTA, A., "Diritti fondamentali" en el vol. col. a cargo de A. Negri, "Scienze Politiche" I (Stato e Politica), Feltrinelli Milano, 1970, p. 109 y s.

_____ "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", trad. de M. Barbero, Revista Sistema 17-18, --/ abril, 1977.

BARBERO, M., "El bandolerismo en la legislación vigente" y "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960", en "Estudios de criminología y Derecho Penal", Universidad de Valladolid, / 1972.

BARCELLONA, P., COTTURRI, G., "Stato e giuristi", De Donato, / Bari, 1974; trad. de J.R. Capella, "El Estado y los juristas", Fontanella, Barcelona, 1976.

BARCELLONA, P., HART, D., MUCKENBERGER, V., "La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)", trad. de C. Lasarte de la edición italiana, Civitas, Madrid, 1977.

BARNI, J., "Histoire des idées morales et politiques en France au XVIII^e siècle", Reproducción de Slatkine reprints de la 1^a / edición de 1865, Geneve, 1967.

BARRAGAN, "El juicio de amparo mexicano y el recurso de contra fuero", Valencia, 1976.

BARREIRO, G., "La disponibilidad del derecho de huelga y su -/ garantía en la Constitución" Revista de Política Social n^o 121 enero-marzo, 1979.

BASILE, S., "Los valores superiores, los principios fundamen-- tales y los derechos y libertades públicas", en "La Constitu-- ción española de 1978" estudio sistemático dirigido por A. Pre dieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980.

BASSI, "Il principio della separazione dei poteri (evoluzione e problematica)", Rivista trimestrale Diritto Pubblico, 1965, p. 17 y s.

BASSOLS, M., "Los principios del Estado de Derecho y su aplica ción a la Administración en la Constitución", Revista de Admi-- nistración Pública, n^o 87, septiembre-diciembre, 1978.

_____ "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamenta ria en la Constitución", en "La Constitución española y las 4/ fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

BATTAGLIA, F., "Stato etico e Stato di diritto" en Rivista In-- ternazionale di Filosofia del Diritto, XVII, (1937), luego en "Scritti di Teoria dello Stato", Milán, 1939.

_____ "Nuovi scritti di Teoria dello Stato", Giuffrè, Milano, 1955.

_____ "Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano / y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras", / en el vol. "Estudios de teoría del Estado", trad. de E. Díaz / y P. de Vega, Prólogo de L. Legaz y Lacambra, Publicaciones -/ del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, p. 158 y s.

BATTAGLINI, "Contributi alla storia del controllo di costitu-- zionalità delle leggi", Giuffrè, Milano, 1957.

BAYET, A., "Histoire de la Declaration des Droits de l'homme", Sagittaire, París, 1938.

BECERRIL, J., "Etiología conceptual del Estado de Derecho", -/ Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971.

BECCARIA, C., "De los delitos y de las penas", Introducción, / notas y traducción de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, -/ 1974, la 1ª edición es de 1764.

BEDESCHI, G., "Alienación y fetichismo en el pensamiento de -/ Marx", Laterza, Bari, 1972, trad. de B. Gómez, A. Corazón, Ma-
drid, 1975.

BELAID, "Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge", /
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1974.

BELL, D., "The end of Ideology", The Free Press, Glencoe, 1960
trad. castellana en ed. Tecnos, Madrid, 1964.

BERLIN, I., "Libertad y necesidad en la historia", trad. de J.
Bayón de la edición inglesa de Oxford University Press, "Four
Essays on Liberty", Revista de Occidente, Madrid, 1974.

BERNEJO VERA, J., "Las fuentes del Derecho en la Constitución
española de 1978" en "Estudios sobre la Constitución española
de 1978", Pórtico, Zaragoza, 1979.

BERNSTEIN, E., "Socialismo teórico y socialismo práctico. Las
premisas del socialismo y la misión de la socialdemocracia", /
trad. de E. Díaz-Reta de la obra "Die Voraussetzungen des So-
cialismus und die Sufgaben der Sozialdemokratie", Ed. Claridad
Buenos Aires, 1966.

BESTEIRO, "Marxismo y antimarxismo", Ed. ZYX, 2ª edición, Ma-
drid, 1967.

BIDART CAMPOS, G., "Doctrina del Estado democrático", Eds. Ju-
rídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

BISCARETTI DI RUFFIA, "Diritto costituzionale", 8ª ed. Padova,
1969, trad. de P. Lucas, Tecnos, Madrid, reimpresión 1973.

BLOCH, E., "El principio esperanza", 1ª edición alemana de --/
1919, trad. de F. Gonzalez, Aguilar, Madrid, 1977.
"Derecho Natural y Dignidad Humana", trad. de F. Gonza-
lez, de "Naturrecht und menschliche würde", 1961, Aguilar, Ma-
drid, 1980.

BOBBIO, N., "L'analogia nella logica del diritto", Istituto /
Giuridico della R. Università, Torino, 1938.

"Teoria della norma giuridica", Giappichelli, Torino, /
1958.

"Per una classificazione degli imperative giuridici" en
Scritti Calamandrei, Padova, 1958, I.

"Completeza dell'ordinamento giuridico e interpretazio-
ne", Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, XX, nº /
4-5, 1940, p. 266 y s.

- ____ "Teoria dell'ordinamento giuridico", Giappichelli, Torino, 1960.
- ____ "Locke e il Diritto Naturale", S. Giappichelli, Torino 1963.
- ____ "Eguaglianza e dignità degli Uomini", en la obra colectiva "Diritti dell'Uomo e Nazione Unite", CEDAM, Padova, 1963.
- ____ "Da Hobbes a Marx. Saggi di Storia della filosofia", 1ª ed., 1964, Morano, 3ª ed., Napoles, 1974.
- ____ "Sul fundamento dei diritti dell'uomo", Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, anno XLII, serie III, fascicolo 2º, abril-junio, 1965.
- ____ "Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant", 2ª ed. Giappichelli, Torino, 1969.
- ____ "Due variazioni sul tema dell'imperativismo" y "Comandi e consigli" trabajos recogidos en "Studi per una teoria generale del Diritto", Giappichelli, Torino, 1970, p. 31 y s.
- ____ "Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del Diritto" en la Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, -/ XLVII, 1970, y en "Dalla struttura alla funzione: Nuovi Studi / di Teoria del Diritto", Ed. di Comunità, Milano, 1977.
- ____ "Hans Kelsen", Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, nº L, 1973, publicado con el título "Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen" en "Dalla struttura alla funzione. Nuovi Studi di teoria del Diritto", Ed. di Comunità, Milano 1977.
- ____ "Qué socialismo", trad. de J. Moreno de la edición italiana de Einandi, Torino, 1976, donde se recogen artículos publicados en Mondoperaio en 1973 y 1975, así como la lección -/ impartida el 13 de marzo de 1976 en el "club Turati" de Turín, Plaza Janés, Barcelona, 1978.
- ____ "Eguaglianza ed Eguagliarismo", Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, 1976, fascículo 3º, Giuffrè, Milan.
- ____ "Humanismo socialista de Marx a Mondolfo", Revista Sistema, nº 21, noviembre, 1977, p. 3-18.
- ____ "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", 1ª ed. 1965, Ed. di Comunità, 3ª ed., Milán 1975.
- ____ "Dalla struttura alla funzione. Nuovi Studi di Teoria / del Diritto", Ed. di Comunità, Milano, 1977.
- ____ "Verso una teoria funzionalistica del Diritto" en "Dalla struttura alla funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto", / Ed. di Comunità, Milano, 1977.
- ____ "Il positivismo giuridico" Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dott. Nello Morra, Giappichelli, Torino 1979
- ____ "Normas primarias y normas secundarias" Rivista di Filosofia LIX, nº 1, 1968.
- ____ "Contribución a la teoria del Derecho", edición a cargo de A. Ruiz Miguel, donde se recopilan algunos de los más importantes trabajos jurídicos de Bobbio, F. Torres, Valencia, 1980.
- BOBBIO, N., PERELMAN, EWING, RUSSEL y otros "Le fondement des droits de l'homme". Actes des entretiens de l'Aquila. (14-19 -/ septembre 1964), Institut International de Philosophie, La --/ Nu-ova Italia, Florencia, 1965.

- BONNARD, R., "Les Droits subjectifs publics des administrés", /
Revue de Droit Public, 1932, p. 695 y s.
- BOSSUYT, M., "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels", Revue des Droits de l'Homme, vol. VIII, n° 4, 1973.
- BOTICHER, "L'eguaglianza di fronte al giudice" en "Jus", 1956, p. 486 y s.
- BOTTOMORE, T., "La sociologia marxista", Alianza ed., Madrid / 1976.
- BOUTHY, "La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen", /
Annales des Sciences Politiques, Paris, 1902.
- BOZZI, A., "Instituzione de Diritto pubblico", Giuffrè, Milan, 1977.
- BRADLEY, J.F., "L'Histoire et les droits de l'Homme" en R. Cassin, Amicorum discipulorumque liber, IV, Methodologie des --/
Droits de l'Homme, Pedone, Paris, 1972, p. 137-152.
- BRAUD, Ph., "La notion de liberté publique en Droit Français"
Préface de Georges Dupuis, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1968.
- BRETHER DE LA GRESSAYE, "La philosophie du droit en Montesquieu"
en "Archives de Philosophie du Droit", Sirey, Paris, 1962, n° 7.
- BREWER - CARIAS, A.R., "Garantías constitucionales de los derechos del hombre", Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1976.
- BRINO, A., "Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat", Pedone, Paris, 1968.
- BUJARIN, N., "Teoria del materialismo histórico. Ensayo popular de sociología marxista", trad. de P. de la Torriente y --/
otros de la edición inglesa anterior a 1933 y de la francesa /
de Anthropos, Paris, 1976, Prólogo de A. Zanardo y dos comentarios de Gramsci y Lukacs, Siglo XXI, 2ª ed., Madrid, 1974.
- BURDEAU, G., "La Democratie" Office de Publicité, Bruxelles, /
1956. Hay edición castellana en Ariel, Barcelona, 1960.
- _____, "Le déclin de la loi", Archives de Philosophie du Droit
Sirey, Paris, 1962.
- _____, "Traité de Science Politique" vol. IV, "Le statut du --/
pouvoir dans l'Etat", 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 1969.
- _____, "Les libertés publiques", 4ª ed., L.G.D.J., Paris, 1972.

BURGOA, I., "Las garantías individuales" (1944), Porrúa, 9ª ed. México, 1975.

_____ "El juicio de amparo", ed. Porrúa, 9ª ed., México, 1974.

BURGELIN, P., "La Philosophie de l'existence de J.J. Rousseau" P.U.F., París, 1952.

CABO MARTIN, C. de "Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: Aspectos significativos del planteamiento constitucional español", Revista de Estudios Políticos, nº 9, mayo--junio, 1979, p. 99 y s.

CAISAMIGLIA, "Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica", ---/ Ariel, Barcelona, 1978.

CAMARGO, P.P., "La protección jurídica de los derechos humanos y la democracia en América; los derechos humanos y el Derecho internacional", Ed. Excelsior, México, 1960.

CAMPANINI, G., "Ragione e volontà nella legge", Giuffrè, Milán 1965.

CAMUS, "L'état de nécessité en démocratie", Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, París, 1965.

CAPELLA, J.R., "Sobre el Estado de Derecho y la democracia. -/ (A propósito de un libro de Elias Diaz)", 1967, ahora en "Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado", ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

_____ "El derecho como lenguaje. Un análisis lógico", Ariel, Barcelona, 1968.

_____ "Sobre el mito de la soberanía popular" en "Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado", Fontanella, Barcelona, 1976.

_____ "Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado" donde se recogen ocho trabajos anteriores, la mayoría ya publicados desde 1976 hasta 1974, Fontanella, Barcelona, 1976.

CAPELLETTI, "La giuridizione costituzionale della libertà", -/ Giuffrè, Milán, 1955, 2ª reimpresión 1974.

CARNELUTTI, "La crisi della legge", Rivista di Diritto pubblico, 1930, I, p. 424 y s.; más tarde en "Discorsi in torno al Diritto", CEDAM, Padova, 1937, p. 167-182.

_____ "La crisi del Diritto" en "Giurisprudenza Italiana", -/ 1946, parte IV, col. 65-78, también en "Discorsi in torno al Diritto", CEDAM, Padova, 1937.

_____ "Bilancio del positivismo giuridico", Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1951, p. 281 y s.; más tarde en "Discorsi in torno al Diritto", CEDAM, Padova, 1937.

_____ "La morte del Diritto", en "La crisi del Diritto", CEDAM, Padova, 1953.

CARR, E.H., CROCE, B., GANDHI, M., y otros "Los derechos del hombre", Laia, Barcelona, 1973. La edición original inglesa -/ fue publicada por la UNESCO con el título Human Rights Comments and Interpretations A Symposium. Introduction by J. Maritain. Trad. de M. Nelken y otros, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica México, 1969.

CARRE DE MALBERG, "La loi, expresion de la volonté générale", Sirey, París, 1931.
"Contribution a la Théorie Générale de l'Etat", Sirey, París, 1920, reimpresión del CNRS, 1962.

CARRIO, G., "Principios jurídicos y positivismo jurídico", A. Perrot, Buenos Aires, 1970.

CARRO, GOMEZ FERRER, "La potestad reglamentaria del Gobierno / y la Constitución", R.A. P., nº 81, p. 188 ys.

CARRO, V.D., "Derechos y deberes del hombre" Discurso de recepción y contestación del académico D. J.M. Trías de Bes, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1966.

CASCAJO CASTRO, J.L., DE CASTRO CID, B., GOMEZ TORRES, C., FEREZ LUÑO, A.E., "Los derechos Humanos. Significación, Estatuto jurídico y sistema", Ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1979.

CASCAJO, J.L., "Consideraciones sobre el Estado de Derecho", / Revista de Estudios Políticos, nº 189-190, mayo-agosto, 1973, p. 81-99.

"La lucha por el Estado de Derecho", Revista Sistema, / nº 17-18, abril, 1977, p. 159-173.

"Appunti sulla tutela dei diritti fondamentali" en "Una Costituzione democratica per la Spagna", Franco Angeli, Milán 1978.

CASSIN, ALCALA-ZANORA, SPOLANSKY, CUADRA, NORIEGA y otros --/ "Veinte años de evolución de los derechos humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974.

CASSIN, R., "Vers une conception universelle des droits de --/ l'homme" en "Les droits de l'homme et l'éducation", P.U.F. --/ París, 1961.

CASSIRER, E., "Filosofía de la Ilustración", trad. de E. Imaz de la primera edición alemana de 1932, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires, 1950.

"El mito del Estado", trad. de E. Nicol del original -/ inglés "The Myth of the State". Yale University Press, New Haven, 1946, Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión, México, 1974.

CASTAN TOBEÑAS, J., "Los derechos del hombre", Real Academia / de Jurisprudencia y Legislación, 1968, Ed. Reus, ampliación re visada 1969, Madrid, 1976.

CASTEDO ALVAREZ, F., "La Constitución como fuente de derechos" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Insti tuto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

CASTELLS ARTECHE, J.M., "El derecho de libre desplazamiento -/ y el pasaporte en España", Seminarios y ediciones S.A., Madrid 1974.

CASTRO CID, B. de "Humanismo jurídico y derechos del hombre en la obra de L. Recasens Siches", Anales de la Cátedra Francisco Suarez, nº 12, fascículo 2º, 1972, p. 267 ys.

_____ "Dimensión científica de los derechos del hombre", en / "Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sis tema", Ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, Universidad de Sevilla, 1979.

CASTRO, J.V., "Hacia el amparo evolucionado", Ed. Porrúa, Méxi co, 1974.

_____ "Lecciones de garantía y amparo", Ed. Porrúa, México, / 1974.

CASTRO, F. de "Derecho Civil de España", Tomo I, 3ª ed., Ins-- tituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

CATTANEO, "Illuminismo e legislazione", Il Mulino, Bolonia, -/ 1966.

CEREZO MIR, J., "Curso de Derecho Penal Español", vol. I, Tec nos, Madrid, 1976.

CERRONI, U., "Marx e il diritto moderno", Ed. Riuniti, Roma / 1962.

_____ "Introducción al pensamiento político", trad. A. Córdo ba, 2ª ed., Siglo XXI, México, 1971.

_____ "Kant e la fondazione della categoria giuridica", Giu-- ffré, Milano, 1972.

_____ "La libertad de los modernos", trad. de R. de la Igle-- sia de la edición italiana, De Donato, Bari, 1968; Martínez Ro ca, Barcelona, 1972.

_____ "Introducción a la Ciencia de la sociedad", trad. de -/ Doménec Bergadá del original italiano Ed. Riuniti, Roma, 1976, Grijalbo, Barcelona, 1977.

_____ "El pensamiento jurídico soviético", trad. de V. Zapate ro y M. de la Rocha del original italiano de 1969, Ed. Cuader nos para el Diálogo, Madrid, 1977.

CICCONETTI, "La revisione della costituzione", CEDAM, Padova / 1972.

CLAVERO AREVALO, "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo", R.A.P. nº 7, p. 88 y s.

_____, "¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho español?", en R.A.P., nº 62, p. 9 y s.

COING, H., "Signification de la notion de Droit subjetif", Archives de Philosophie du Droit, tomo IX, Sirey, París, 1964.

COLLIARD, "Libertés publiques", 4ª ed., Dalloz, París, 1972.

COLLETTI, L., "Ideología y Sociedad", trad. de A. Bozzo y J.R. Capella de original italiano "Ideologia e società", Latorza, / Bari, 1969; Fontanella, Barcelona, 1975. Aquí se recogen varios ensayos publicados desde 1959 hasta 1968.

_____, "Estado de Derecho y Soberanía popular" en Societé, --/ XVI, nº 6, Milano, noviembre-diciembre, 1960, trad. de Capella en "Para una democracia socialista", Anagrama, Barcelona, 1976.

CONDE, R., "Sociedad, Estado y Derecho en la filosofía marxista", Edicusa, Madrid, 1968.

CONSTANT, B., "Principios de Política", primera edición francesa de 1815, trad. de J. Hernandez, Introducción de J. Alvarez Junco, Aguilar, Madrid, 1970.

_____, "Constitución española: Trabajos Parlamentarios", ed. / preparada por F. Sainz Moreno, Cortes Generales, 1980, 4 vol.

_____, "Constitución española. Edición comentada", a cargo de Sanchez Agesta, Trujillo, Lucas Verdú y Pedro de Vega, CEC, -/ Madrid, 1979.

CONTE, "Saggio sulla completezza dell'ordinamento giuridico", / Giappichelli, Torino, 1962.

CONTRERAS, M., "La reforma constitucional" en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Facultad de Derecho de la / Universidad de Zaragoza, Pórtico, 1979, p. 403-421.

COSSIO, C., "La plenitud del Ordenamiento jurídico", Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Losada, Buenos Aires 1939.

COTTA, S., "Gaetano Filangeri e il problema della legge", Giappichelli, Torino, 1954.

COTTA, BURGELIN, DEHAUSSY, EISSENMAN y otros "Etudes sur le / Contrat Social de J.J. Rousseau", Societé les Belles Lettres, / París, 1964.

COTTA, S., BOGNETTI, G., FERRI, G., FLICK, G., "Diritti dell' uomo", XXVII, Congreso Nacional de Estudio, Giuffré, Milan 1977.

CRISAFFULLI, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", Rivista trimestrale Diritto pubblico, 1960, / p. 775 y s.

"La costituzione e la sua disposizione di principio", / Giuffré, Milán, 1952.

"Lezioni di Diritto costituzionale", 2 vol., Padova, -/ 1970-1976.

CRUZ SEOANE, M., "El primer lenguaje constitucional español", (Las Cortes de Cádiz)", Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1968.

CRUZ VILLALON, "El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado", (1789-1978)", C.E. C., Madrid, 1979.

CUADRA, H., "La proyección internacional de los derechos humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, -/ 1970.

CHARVET, D., "¿Crisis de la Justicia, crisis de la ley, crisis del Estado?" en "La crisis del Estado", obra colectiva dirigida por N. Poulantzas, trad. de S. Vilar del original francés, P.U.F., París, 1976, Fontanella, Barcelona, 1977.

CHELI, "Potere regolamentare e struttura costituzionale", Mila no, 1967.

DABIN, J., "Doctrine générale de l'Etat", Bruylant, Bruxelles, 1939.

"Le droit subjectif", Dalloz, París, 1952. Trad. castellana de F.J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

"L'Etat ou la Politique, Essai de définition", Dalloz, París, 1964, 2ª ed.

DEL BO, D., "L'Eguaglianza nello Stato contemporaneo e altri / saggi di Filosofia della politica", Giuffré, Milano, 1950.

DELITALA, "La crisi del Diritto nella società contemporanea" / en "La crisi del Diritto", CEDAM, Padova, 1953.

DEL VECCHIO, G., "La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella Rivoluzione Francese", Genova, 1903. Trad. española con prólogo de M. Fraga, en el volumen "Persona, Estado y Derecho", donde se recogen once trabajos de filosofía jurídica y política de Del Vecchio, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

"Su la teoria del contratto sociale", Bologna, 1906. 4/ Versión castellana en el volumen "Persona, Estado y Derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

"Sui diritti dell'uomo", Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, vol. XXXII, 1955.

"Sui vari significati della teoria del contratto sociale", 2ª ed., Roma, 1956; Versión castellana en el volumen "Persona; Estado y Derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

DELLA VOLPE, G., "La libertad comunista", 1ª ed. italiana, 1946, trad. de J. Zulueta, Icarfa, Barcelona, 1977.

"Critica dell'ideologia contemporanea", Ed. Riuniti, Roma, 1967, trad. de M. Ester Benitez, A. Corazón, Madrid, 1970.

"Rousseau y Marx y otros ensayos de critica materialista", trad. de E.E. de la cuarta edición italiana, Ed. Riuniti, Roma, 1964, Martinez Roca, 2ª ed., Barcelona, 1972.

DEMICHEL, F. et A., PIQUEMAL, M., "Pouvoir et libertés. Essai de typologie des libertes dans le capitalisme monopoliste ---/d'Etat", Editions Sociales, París, 1978.

DERATHE, "J.J. Rousseau et la science politique de son temps", P.U.F., París, 1950.

DE RUGGIERO, G., "Historia del Liberalismo Europeo", trad. de C.G. Posada, Pegaso, Madrid, 1944.

DE SANCTIS, "Robert von Mohl: una critica liberale all'individualismo", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1976, LIII, p. 31-47.

DESANTES, J.M., "La clausula de conciencia desde la perspectiva profesional", Persona y Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, vol. IV, 1977.

DESCARTES, "Discurso del Método", trad. de J. Rovira con una /Introducción de F. Romero, 12ª ed., Losada, Buenos Aires, ---/1977. La 1ª edición en francés se publicó en 1637. Tal vez la más reputada edición sea la de E. Gilson, "Discours de la méthode, texte y commentaire", Vrin, París, 1930.

DE VERGOTTINI, G., y otros, "Una Costituzione democratica per la Spagna", Angelli ed., Milán, 1978.

DIAZ, E., "Estado de Derecho y sociedad democrática", Edicusa, Madrid, 1966, 6ª ed., 1975, la primera edición es de 1966.

"Sociologia y Filosofia del Derecho" (1971), Taurus, -/Madrid, 2ª reimpresión 1976.

"Estudio preliminar a la obra de F. de los Ríos "El sentido humanista del Socialismo", ed. Catalia, Madrid, 1976.

"El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas", Revista Sistema, nums. 17-18, abril, 1977, ahora recogido en "Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático", Civitas, Madrid, 1978, p. 149-186.

"Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del -/Hombre y del Ciudadano de 1789" en "Filosofía y Derecho" (Estudios en honor del profesor José Corts Grau), Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1977, ahora recogido en "Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático", Civitas, Madrid 1978, p. 69-88.

_____ "Socialismo democrático y derechos humanos"; en la obra colectiva "Política y derechos humanos", F. Torres, Valencia / 1976, con trabajos de Atienza, Peces-Barba, Gonzalez Campos y Fernández Rozas. Ahora recogido en "Legalidad-legitimidad en / el socialismo democrático", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "Ideología y Derecho: para una crítica de la cultura -/ jurídica de la sociedad burguesa", en "Legalidad-legitimidad / en el socialismo democrático", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado", / Revista Sistema, nº 38-39, octubre, 1980, p. 29 y s.

_____ "El Estado democrático de Derecho en la Constitución -/ española de 1978", Revista Sistema, nº 41, marzo, 1981, p. 41 y s.

DIEZ MORENO, F., "La reserva reglamentaria y la Constitución / española" en "La Constitución española y las fuentes del Dere- cho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

DIEZ-PICAZO, L., "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho" Ariel, Barcelona, 1973.

_____ "Constitución y fuentes del Derecho", Revista Española de Derecho Administrativo, nº 21, 1979.

DILTHEY, W., "Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII", versión española a cargo de E. Imaz del volumen II de sus obras comple- tas que lleva el título "Weltanschauung und Analyse des Mens- chen seit Renaissance und Reformation" (1914), Fondo de Cultu- ra Económica, 2ª ed., México, Buenos Aires, 1947.

DRAGO, R., "L'état d'urgence et les libertés publiques", Revue de Droit Public et de la Science Politique, París, 1955.

DRAN, M., "Le contrôle juridictionnel et la garantie des li- bertés publiques", Librairie Générale de Droit et de Jurispru- dence, París, 1968.

DUCHACEK, I.D., "Derechos y libertades en el mundo actual", -/ trad. de O. Montserrat, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976.

DUEZ, P., "Esquisse d'une definition realiste des droits publi- es individuels", Melanges Carré de Malberg, Sirey, París, --/ 1933.

DUGUIT, L., "L'Etat, le Droit objectif et la loi positive", -/ Fontemoigne, París, 1901.

_____ "Traité de Droit Constitutionnel", de Bocard, 1921.

_____ "La doctrina subjetivista alemana" en "El pragmatismo / jurídico", conferencias pronunciadas en la Universidad de Ma- drid del 21 al 24 de noviembre de 1923, trad. de A. Lázaro y / otros, con un estudio preliminar de Q. Saldaña, F. Beltrán, -/ Madrid, 1924.

_____ "Soberanía y libertad", lecciones dadas en la Universi- dad de Columbia, diciembre 1920-febrero 1921, trad. de J.G. -/ Acuña, F. Beltrán, Madrid, 1924.

DUVERGER, M., "La démocratie sans le peuple", Du Seuil, Paris, 1967.

"Constitutions et Documents Politiques", P.U.F., 7ª ed, Paris, 1974.

_____ "L'Egalité", études publiées par. H. Buch, P. Foriers y Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles, 1971.

ENGELS, F., "Anti-Dühring o la revolución de la ciencia de E. Dühring (Introducción al estudio del socialismo)", 1ª edición alemana, 1878; la cuarta edición corregida y aumentada se publica en Stuttgart en 1894. Trad. de J. Verdes Montenegro, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1968.

ENGISCH, K., "Einführung in das juristische denken", Kohlhammer, Stuttgart, 1956. Trad: de E. Garzón Valdés, "Introducción al / pensamiento jurídico", revisión y adaptación al Código civil / español de L. García San Miguel, Guadarrama, Madrid, 1967.

ENTRENA CUESTA, "Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho", R.A.P., nº 33, 1960, p. 31 y s.

ESEN, B.N., "La vie politique et les droits de l'homme", en -/ R. Cassin, Amicorum discipulorumque liber, IV, Méthodologie -/ des droits de l'homme, Pedone, Paris, p. 173-184.

ESNEIN, "Eléments de Droit constitutionnel", 8ª ed., Sirey, -/ Paris, 1928.

_____ "España, Estado de Derecho" (Replica a un informe de la Comisión Internacional de Juristas), Servicio Informativo Español, Madrid, 1964.

ESPIN, D., "Manual de Derecho Civil Español", Ed. Revista de / Derecho Privado, vol I, 3ª ed., Madrid, 1968.

ESPOSITO, "Commento all'art. 1ª della Costituzione italiana", CEDAM, Padova, 1954.

_____ "La Costituzione italiana", CEDAM, Padova, 1954.

ESTEBAN, J. de, LOPEZ GUERRA, L., con la colaboración de García Morillo y Pérez Tremps, "El regimen constitucional español" vol. I, Labor, Barcelona, 1980.

ESTEBAN, J. de "Constituciones españolas y extranjeras", 2 vol. Taurus, Madrid, 1977.

FAIREN, V., "Comentarios a la Constitución de 1978; el habeas corpus del artículo 17, 4º y la manifestación de personas", -/ Revista de Administración Pública, nº 88, enero-abril, 1979.

_____ "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53,2º de la Constitución", R.A.P., nº 89, mayo-agosto, 1979.

_____ "Los tribunales de jurados en la Constitución española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1979.

FASSO, G., "La legge della ragione", Il Mulino, Bologna, 1964.

FENET, A., "Les libertés publiques en France", P.U.F., París, 1976.

FERNANDEZ CARVAJAL, R., "La potestad normativa en las Leyes -/ Fundamentales de España", Revista de Estudios Políticos, nº -/ 169, p. 63 y s.

FERNANDEZ FLORES, J.L., "La Constitución española de 1978 y -/ los Tratados Internacionales", en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Universidad de Zaragoza, Pórtico, 1979, p. 255 y s.

FERNANDEZ SEGADO, F., "El estado de excepción en el Derecho -/ constitucional español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1977.

_____ "Los estados de excepción en el anteproyecto de Constitución" en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", CEC / Madrid, 1978.

_____ "La supresión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española", Revista de Estudios Políticos, nº 7, / enero-febrero, 1979.

FILANGIERI, "Ciencia de la Legislación", trad. de J. Ribera, / Imprenta Villalpando, Madrid, 1821. Los tomos I y II del original fueron publicados en Nápoles en 1780.

FINOCCHIARO, "Eguaglianza giuridica e fattore religioso", Giuffrè, Milán, 1958.

FISCHBACH, "Derecho político general y constitucional comparado", trad. de W. Roces, Ed. Labor, Barcelona, 1928.

FIX-ZAMUDIO, H., "La protección procesal de los derechos humanos", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, nums. 2 y 3, 1972.

_____ "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos" en "Veinte años de -/ evolución de los derechos humanos", UNAM, México, 1974.

_____ "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", Ed. del El Colegio Nacional, México, 1977.

_____ "El juicio de amparo en Latinoamérica", Ed. de El Colegio Nacional, México, 1978.

_____ "El derecho de amparo en México y en España", Revista / de Estudios Políticos, nº 7, enero-marzo, 1979.

FORSTHOFF, E., "Il vincolo alla legge e al Diritto" en "Stato di Diritto en trasformazione", Milán, 1973.

_____, "Der Staat der Industriegesellschaft" (1971), trad. de L. López Guerra y S. Nicolás, "El Estado de la Sociedad industrial. (El modelo de la República Federal de Alemania)", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

FRAGA IRIBARNE, M., "La crisis del Estado (Estudios de Teoría del Estado contemporáneo)", Aguilar, Madrid, 2ª ed., 1958.

FRANK, E., "Freedom from History", University of London Press, Limited, London, New York University Press, Nueva York 1971.

FRIEDRICH, C.J., "La Democratie Constitutionnelle", P.U.F., --/ París, 1958, versión francesa de "Constitutional government and democracy", Appleton Century Crofts, New York, 1ª ed., --/ 1950.

_____, "Libertarismo Antico e Liberalismo Moderno", Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, anno XXXVII, serie III, fascículo 3º, mayo-junio, 1960.

FROMM, ed. "Humanismo socialista", Paidós, Buenos Aires, 1966.
_____, "Marx y su concepto del hombre", F.C.E., México, 1962.

GALGANO, F., "Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales", trad. de M. Broseta y C. Alborch del original italiano, Zarichelli, Bolonia, 1974, F. Torres ed., Valencia, 1980.

GALINDO AYUDA, F., "La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978" en --/ "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Pórtico, --/ Zaragoza, 1979.

GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración: contribución a la teoría del Estado de Derecho", R.A.P., nº 33, septiembre-diciembre, 1960.

_____, "Ley y reglamento en el Derecho Público occidental", --/ I.E.A., Madrid, 1971.

GALVEZ MONTES, "El ámbito material y formal de las leyes orgánicas" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho" Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1979.

GARCIA-ATANCE, "Reforma constitucional" en "Lecturas sobre la Constitución española" vol. II, UNED, Madrid, 1978, p. 305-322.

GARCIA COTARELO, "Sobre la teoría marxista del Estado", Revista Sistema, nº 20, septiembre, 1977, p. 3 y s.

_____, "Sobre la extinción del Estado", Revista Sistema, nº 38-39, octubre, 1980.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial", Tecnos, Madrid, 1970.

_____ "Revolución francesa y Administración contemporánea", en el libro Homenaje a N. Pérez Serrano y más tarde en Taurus, Madrid, 1972.

_____ "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo", en R.A.P., nº 38, más tarde en Ed. Civitas, -/ Madrid, 1974.

_____ "Sobre los derechos públicos subjetivos", Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 6, 1975, p. 427 y s.

_____ "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", / Revista de Administración Pública, nº 47.

_____ "La Constitución como norma jurídica", Anuario de Derecho Civil, 1979, y en "La Constitución española de 1978". Comentario sistemático dirigido por Predieri y García de Enterría, Civitas Madrid, 1980.

GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ, T.R., "Curso de Derecho Administrativo", dos volúmenes, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1979-1980.

GARCIA HERRERA, M.A., "Tutela de los derechos y libertades en / la Constitución", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 2, monográfico, 1979.

GARCIA PELAYO, M., "Derecho Constitucional Comparado", 3ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1953.

_____ "Del mito y de la razón en la historia del pensamiento / político", Revista de Occidente, Madrid, 1968.

_____ "Burocracia y Tecnocracia", Alianza Universidad, Madrid, 1974.

_____ "Las transformaciones del Estado contemporáneo", Alianza editorial, Madrid, 1977.

_____ "Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución" en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", edición preparada por M. Ramirez, Pórtico, Zaragoza, 1979.

GARCIA SAN MIGUEL, "Notas para una crítica de la razón jurídica" 2ª ed., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1975.

GARCIA RUIZ, J.L., "El recurso de amparo en el Derecho español" prólogo de J. de Esteban y apéndice de P. Pérez Tremps sobre -/ el recurso de amparo en la Constitución de 1978, Editora Nacional, Madrid, 1980.

GARRIDO FALLA, F., "La Administración y la Ley", R.A.P., nº 6, 1951.

_____ "Tratado de Derecho Administrativo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.

_____ "Funciones del Estado", Nueva Enciclopedia Jurídica, --/ Francisco Seix, Barcelona, 1971, p. 512-518, 2ª ed.

_____ "El artículo 53 de la Constitución", Revista española de Derecho Administrativo, nº 21, 1979, p. 187 y s.

_____ "La llamada doctrina del silencio administrativo", R.A.P. nº 16.

_____ "Las fuentes del Derecho en la Constitución española", / en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

GARRORENA, "Acerca de las leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica", Revista de Estudios Políticos, nº 13, nueva / época.

_____ "El Estado español como Estado social y democrático de / Derecho", Universidad de Murcia, 1980.

_____ "El lugar de la ley en la Constitución española", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

GAVAZZI, "Norme primarie e norme secondarie", Giappichelli, Torino, 1967.

GENY, "Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif", L.G.D.J., París, 1932.

GERBER, "Diritto pubblico", trad. italiana de P. Lucchini de -/ "Über öffentliche Rechte" y "Grundzüge des Deutschen Staatsrechts" Giuffré, Milano, 1971.

GIANNINI, "Stato sociale: una nozione inutile", en "Scritti in onore di Constantino Mortati", Giuffré, vol. I, p. 138 y s.

GIL ROBLES, A., "El defensor del pueblo", Civitas, Madrid, 1979

GIMBERNAT, J.A., "Introducción a Ernst Bloch, un filósofo marxista", Revista Sistema, nº 20, septiembre, 1977, p. 53-66.

GINER, S., "Historia del pensamiento social", Ariel, 2ª ed., -/ Barcelona, 1975.

GIOVANNELLI, A., "Dottrina pura e Teoria della Costituzione in Kelsen", Giuffré, Milano, 1979.

GOMEZ-FERRER, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

GOMEZ ORBANEJA, E., "El ejercicio de los derechos", Civitas, Madrid, 1975.

GOMEZ REINO, E., "Las libertades públicas en la Constitución", en "Lecturas sobre la Constitución española", vol. I, UNED, -/ Madrid, 1978.

GONZALO, N., "Posición de las Cortes Generales en la Constitución", en "Lecturas sobre la Constitución española", Coordinación T.R. Fernandez, UNED, Madrid, 1978, vol. II, p. 649 y s.

GONZALEZ CASANOVA, J.A., "La declaración de los derechos humanos y la Encíclica "Pacem in Terris", en A.F.D., 1963, X.

_____ "Teoría del Estado y Derecho Constitucional", Ed. Vicens, Barcelona, 1980.

GONZALEZ CAMPOS, J., "La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas", en la obra colectiva ONU, año XX, Tecnos, Madrid, 1966.

GONZALEZ DELEYTO, N., "Tribunales constitucionales, organización y funcionamiento", Tecnos, Madrid, 1980.

GONZALEZ GARCIA, E., "El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1979.

GONZALEZ GRIMALDO, "Potestad sancionadora y carga de la prueba" en R.A.P., nº 53.

GONZALEZ PEREZ, J., "Los principios generales del Derecho y la Constitución" en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1979.
"Derecho procesal constitucional", Civitas, Madrid, 1980

GONZALEZ VICEN, F., "La Filosofía del Estado en Kant", Universidad de La Laguna, 1952.

"Ernst Bloch y el Derecho Natural", Revista Sistema, nº 27, noviembre, 1978, p. 45 y s.

"La Filosofía del Derecho como concepto histórico", Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, ahora en "Estudios de Filosofía del Derecho", Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979.

"Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el --/ pensamiento jurídico contemporáneo", A.F.D., VIII, reproducido en "Estudios de Filosofía del Derecho", Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979.

"Filosofía y revolución en los primeros escritos de Marx" Revista Sistema, nº 40, enero, 1981.

GOYARD-FABRE, S., "La Philosophie du Droit de Montesquieu", --/ Klincksieck, París, 1973.

GROETHUYSEN, "Philosophie de la Revolution Française", París, / 1956.

GROSSI, "Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana", Padova, 1972.

GUASTINI, R., "Marx, Dalla Filosofia del Diritto alla scienza / della società", Il Mulino, Bologna, 1974.

GURVITCH, M., "L'idée de droit social", Librairie Rec., Sirey, París, 1931.

"L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du Droit", A. Pedone, París, 1935.

"La déclaration des droits sociaux", Vrin, París, 2^e ed. 1946.

GUSDORF, G., "Les principes de la pensée au siècle des lumières", Payot, París, 1971, vol. IV de la obra "Les sciences humaines et la pensée occidentale".

_____, "L'avènement des sciences humaines au siècle des lumières" Payot, París, 1973, vol. VI de la obra "Les sciences humaines et la pensée occidentale".

HANSON, C.H., "Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration", prólogo de R. Cassin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, trad. de la 1ª edición inglesa, 1954.

HART, D., "Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato" en "La formación del jurista, -/ (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)", con artículos de Barcellona, Mückenberger y Hart, Civitas, Madrid, 1977, trad. de C. Lasarte de la edición italiana, de Donato, Bari.

HART, H.L.A., "The concept of Law", Oxford University Press, 4/ 1961. Trad. castellana de G. Carrió, 2ª ed., Editora Nacional, México, 1980.

_____, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, Revista Sistema, nº 36, mayo, 1980.

_____, "Entre el principio de utilidad y los derechos humanos", conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en octubre de 1980, trad. de M. González, F. Laporta y L. Hierro, Revista de la Facultad de Derecho, nº 58, 1980.

HAURIUO, M., "Précis de Droit constitutionnel", Sirey, París, / 1923.

HAURIUO, A., "Droit Constitutionnel et Institutions politiques" Montchrestien, París, 1970. Traducción, adaptación y apéndices sobre "El Derecho Constitucional y las Instituciones políticas" en España a cargo de J.A. González Casanova, Ariel, Barcelona, 1971.

HAYEK, F.A., "The Road to Serfdom", 1ª edición inglesa de 1944. Trad. castellana de J. Vergara, "Camino de servidumbre", reim-- presión corregida Alianza editorial, Madrid, 1978.

_____, "The Constitution of Liberty", University of Chicago --/ Press, 1959, trad. española de J.V. Torrente, "Los fundamentos de la libertad", Unión editorial, 3ª ed., Madrid, 1978.

HAZARD, P., "La pensée européenne au XVIII siècle, de Montes-- quieu à Lessing", Boivin, París, 1946, trad. española en ed. --/ Guadarrama, Madrid, 1958.

HEGEL, G.F., "Grundlinien der Philosophie des Rechts", J. Hoffmeister, 4ª ed., Hamburg, 1965. De esta obra, escrita en 1820, existen, al menos, dos ediciones castellanas: "Filosofía del Derecho. Introducción de C.Marx", trad. de A. Mendoza de la versión italiana de F. Messineo; publicada bajo la dirección de B. Croce y G. Gentile, Claridad, Buenos Aires, 5ª ed., 1968; y --/ "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho", trad. del alemán de F.E.G., Revista de Occidente, Madrid, 1935.

HELLER, H., "Teoría del Estado", 1ª edición alemana, 1934, Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

HENKEL, H., "Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen -/ des Rechts", München-Berlin, 1964. Traducción española de E. --/ Gimbernat, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Taurus, / Madrid, 1968.

HERRERO, J., "Los orígenes del pensamiento reaccionario español" Edicusa, Madrid, 1973.

HERRERO DE MIJÓN, "Aspectos constitucionales del nuevo Título / Preliminar del Código Civil", Revista de Estudios Políticos, -/ nº 198, Madrid, 1974.

--- "En torno a la aplicación de la Constitución", en "La -/ Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1979.

--- "Les sources étrangères de la Constitution", en Pouvoirs, nº 8, P.U.F., 1979.

HERSCH, J., "Le Droit d'être un Homme", recopilación de textos sobre derechos humanos, publicada por la UNESCO, 1968. Hay traducción castellana de G. Arias, Ed. Sígueme, Salamanca, 1973.

HINTZE, O., "Historia de las formas políticas", trad. de J. --/ Diaz, de diversos trabajos de la versión original en alemán de los tomos "Staat und Verfassung" (2ª edición, aumentada, 1962) y "Soziologie und Geschichte" (2ª edición, aumentada, 1964), Revista de Occidente, Madrid, 1968.

HIRSZOWICZ, M., "Le marxisme et les droits de l'homme", Revue / Internationale des sciences sociales, París, UNESCO, vol. XVIII, nº 1, p. 13-24.

HOBBS, T., "Del ciudadano", trad. del latín y nota preliminar por A. Catrysse, Introducción de N. Bobbio, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966. La 1ª edición de la obra "De ci-ve" es de 1642 en París.

--- "Leviatán", (1651). Hay una reciente versión española de A. Escotado, con Introducción de C. Moya, Editora Nacional, / Madrid, 1979.

HOLBACH, Barón de "Moral Universal o deberes del hombre fundados en su naturaleza", trad. de M. Diaz Moreno, 2ª ed., imprenta -/ Repullés, Madrid, 1821. La versión original fué publicada en -/ Amsterdam en 1776.

HOERSTER, N., "Utilitaristische Ethik" (1975), trad. de E. Garzón Valdés, "Problemas de ética normativa", Ed. Alfa, Buenos Aires, 1975.

HUBNER GALLO, J.L., "La igualdad desde el punto de vista filosófico, político, jurídico y social", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 12, fascículo 2º, Granada, 1972.

"Panorama de los derechos humanos", Ed. Andrés Bello, -/ Santiago de Chile, 1973.

HUMBOLDT, G., "Ideen zu einem verzeichniss, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen", obra escrita hacia 1791, su primera edición es de 1850. Versión italiana a cura di G. Perticone, "Saggio sui limiti dell'attività dello Stato", Giuffrè, Milano, 1965.

HUME, D., "Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento humano en los asuntos morales", 1ª edición inglesa, Londres, 1739-1740. Trad. de V. Viqueira, / Introducción de F. Larroyo, Ed. Porrúa, 1977.

IBAN, I.C., "El matrimonio en la Constitución", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980.

IBORRA LINORTE, J.A., "El origen del derecho de asociación política en España", Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1974.

IHERING, "El fin en el Derecho", trad. de D. Abad de Santillán, Ed. Cajica, Puebla, México, 1961. La 1ª edición alemana es de 1877.

IMBERT, "L'evolution du recours pour excès de pouvoir", París, 1952.

"Informe de una Misión de Amnistía Internacional a España", Londres, 1980.

JAURES, J., "Socialismo y Libertad", trad. de M. Alberti, Ed. / Dédalo, Buenos Aires, 1961. Se recogen en este volumen tres trabajos de Jaures; el que da título a la obra publicado en "La revue de París", 1 de diciembre de 1898, "Bernstein y la evolución del método socialista", y "El arte y el socialismo".

JELLINEK, G., "Allgemeine Staatslehre", trad. de la 2ª edición de 1905 por F. de los Ríos, "Teoría General del Estado", Albatros, Buenos Aires, 1978.

"La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna", trad. de la 2ª edición alemana con un estudio preliminar de A. Posada, Ed. V. Suárez, Madrid, 1908.

____ "System der subjektiven öffentlichen Rechte", 1ª edición 1905, trad. italiana de G. Vitagliano y prefacio de Orlando, -/
"Sistema dei diritti pubblici subbietivi", Società Editrice Li-
braria, Milano, 1912.

JEMOLO, A., "Il nostro tempo ed il Diritto", en "Archivio Giuri-
dico", vol. CVII, 1932, p. 129-170.

____ "La crisi dello Stato Moderno", en "La crisi del Diritto"
CEDAM, Padova, 1953.

____ "I problemi pratici della libertà" (1961), 2ª ed., Giu-
ffrè, Milano, 1972.

JESCH, D., "Ley y Administración. Estudio de la evolución del /
principio de legalidad", trad. de M. Heredero, Instituto de Es-
tudios Administrativos, Madrid, 1978. 1ª edición alemana de --/
1960.

JEZE, G., "Valeur juridique des declarations des droits et de /
garanties des droits", Revue de Droit public, 1913, p. 685-668.

JIMENEZ DE ASUA, L., "Tratado de Derecho Penal", (1957-1958), /
Ed. Losada, Buenos Aires, vol. II, 3ª ed., 1964-1976.

JIMENEZ CAMPO, J., y PORRES, J., "Conflicto político, técnica /
jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromi-
so: la Constitución española de 1978", Revista de Derecho Públi-
co, nº 74, 1979.

JIMENEZ CAMPO, J., "Algunos problemas de interpretación en torno
al Título X de la Constitución", Revista del Departamento de De-
recho Político, UNED, nº 7, 1980.

JIMENEZ MORENO, L., "La desigualdad entre los hombres. Sobre el
discurso de J.J. Rousseau", Revista Sistema, nº 33, noviembre,
1979, p. 51 y s.

JIMENEZ DE PARGA, M., "La V República francesa: una puerta ---/
abierta a la dictadura constitucional", Tecnos, Madrid, 1958.

JIMENEZ VILLAREJO, C., y RODRIGUEZ AGUILERA, C., "Las garantías
de los derechos humanos en el actual proceso constituyente" en
"La izquierda y la Constitución", Ed. Taula de Canvi, Barcelona
1978.

JOUVENEL, D. de "Le Pouvoir", Machette, París, 1974, trad. de /
J. de Elzaburu, Editora Nacional, Madrid, 1974.

JOVER, P., "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en "La
Izquierda y la Constitución", Taula de Canvi, Barcelona, 1978.

JUSTINIANO, "Instituciones", versión española de F. Hernandez-
Tejero, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Ma-
drid, 1961.

KANT, I., "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", (Fundamentación de la metafísica de las costumbres). La 1ª edición es de / 1785. Existe versión castellana a cargo de M. García Morente, / 4ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

"Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", primera / parte de la "Metaphysik der Sitten" (Metafísica de las costumbres) / cuya primera edición es de 1797. He utilizado la traducción --/ francesa de J. Tissot, Librairie de Ladrangé, París, 1853, así / como la española de G. Lizarraga de 1873, en la editorial Améri / calea, Buenos Aires, 2ª ed., 1974. La introducción a la "Metafí / sica de las costumbres" y a la "Teoría del Derecho" han sido --/ también traducidas por F. González Vicen, "Introducción a la --/ "Teoría del Derecho", (1954), C.E.C., Madrid, reimpresión 1978. / "Zum ewigen Frieden", ("La paz perpetua"), 1ª edición --/ alemana de 1795, trad. de B. Espinosa, Madrid, 1967. Asimismo / esta obra está traducida al francés por Tissot en el volumen --/ "Principes Métaphysiques du Droit", De Ladrangé, París, 1853.

KAUTSKY, K., "Die Diktatur des Proletariats", I. Brand, Wien, / 1918. Trad. castellana con introducción de F. Claudín y seguida / del trabajo de Lenin, "La revolución proletaria y el renegado / Kautsky", en Grijalbo, México, 1975.

KELSEN, H., "La garantie juridictionnelle de la Constitution", / Revue de Droit Public, 1928, p. 7-257.

"La transformation du Droit international en Droit inter / ne", Revue Générale du Droit international public, vol. 43, --/ 1936, p. 5-45.

"Reine Rechtslehre", ("Teoría pura del Derecho"), F. --/ Deuticke, Viena, 1ª edición 1934, 2ª ed., 1960. De la primera / edición, en su versión francesa de 1953, existe traducción cas / tellana de M. Nilve, Eudeba, 13ª ed., Buenos Aires, 1975. De la / segunda edición he utilizado la versión francesa de Ch. Eisenmann, / Dalloz, París, 1962. Existe también una traducción española en / la UNAM a cargo de Vernengo.

"Allgemeine Staatslehre" ("Teoría General del Estado"), / J. Springer, Berlín, 1925. Trad. de L. Legaz, Labor, Barcelona / 1934; 15ª ed., Editora Nacional, México, 1979.

"General Theory of Law and State", Harvard University / Press, 1945. Trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 2ª reim / presión, 1979.

"Esencia y valor de la democracia", trad. de R. Luengo / y L. Legaz de la 2ª edición de "Von Wesen und Wert der Demokra / tie", (1929), 1934, 2ª ed., Guadarrama, Madrid, 1977.

"Die Idee des Naturrechts", Zeitschrift für öffentliches / Recht", vol. 7, 1927, trad. de F. Ayala en el volumen "La idea / del Derecho Natural y otros ensayos", Losada, Buenos Aires, --/ 1946.

"Justice et Droit Naturel", en "Le droit Naturel", --/ P.U.F., París, 1950. Trad. castellana de E. Díaz, "Crítica del / Derecho Natural" con trabajos de Bobbio, Ferrelman y otros, Tau / rus, Madrid, 1966.

"Professor Stone and the Pure Theory of Law", Stanford / Law Review, julio 1965, vol. 17. Trad. de I.W. de Ortiz y J.A. / Bacque en el volumen "Contribución a la Teoría pura del Derecho", / Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

KETCHEKIAN, S.F., "Origen y evolución de los derechos del hombre en la Historia de las ideas políticas", en Revista del Instituto de Ciencias Sociales, 1965, nº 5, p. 324 y s.

KLIEMT, H., "Untersuchungen über die Begründbarkeit staatsphilosophischer Legitimitätskriterien", (inédito en alemán), trad. 7 de G. Garzón Valdés, "Filosofía del Estado y criterios de legitimidad", Alfa, Buenos Aires, 1979.

KOTARBINSKI, "Les postulats de la liberté individuelle", en --/ "Le Fondement des Droits de l'Homme", ed. La Nuova Italia, Florencia, 1966.

KRYGER, E., "La notion de liberté chez Rousseau et ses répercussions sur Kant", Nizet, París, 1979.

LABRIOLA, "Saggi sul materialismo Storico", Ed. Reuniti, Roma, 1964.

LACHANCE, L., "Le Droit et les Droits de l'Homme", P.U.F., París, 1959.

LAGARDE, G. de "La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge", Ed. Nauwelaerts, Louvain, París, 1962.

LASKI, H., "Liberty in the Modern state", Allen and Unwin Ltd. Londres, 1ª ed., 1930, 3ª ed., corregida y aumentada, 1948. "The rise of European Liberalism", (1936), trad. de V. Miguélez, 1ª ed., 1939, Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpression, 1969.

LAVAGNA, "Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana", en "Studi Cagliari", -/ Padova, 1953.

LAVROFF, "Les Libertés Publiques en la U.R.S.S.", A. Pedone, -/ París, 2ª ed., 1963.

LEFEBVRE, H., "Position contre les technocrates", Gauthier, París, 1967.

LEGAZ LACAMBRA, L., "La noción jurídica de la persona humana y de los derechos del hombre", en Revista de Estudios Políticos, XXXV, 1951, luego recogido en "Humanismo, Estado y Derecho", -/ Bosch, Barcelona, 1960.

----- "Estado de Derecho e idea de legalidad", Revista de Administración Pública, nº 6, 1951, luego recogido en "Humanismo, Estado y Derecho", Bosch, Barcelona, 1960.

----- "Filosofía del Derecho", 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961.

----- "Legalidad y legitimidad", Revista de Estudios Políticos, nº 101, 1953, luego recogido en "Humanismo, Estado y Derecho", Bosch, Barcelona, 1960.

LEGRAND, A., "L'Ombudsman Scandinave", Librairie Générale de -/
Droit et Jurisprudence, París, 1970.

LECLER, V., "Les premiers défenseurs de la liberté religieuse",
2 tomos, Du cerf, París, 1969.

LENIN, V.I., "El imperialismo, fase superior del capitalismo",
en "Obras completas", ed., Cartago, Buenos Aires, 1958-1960, -/
vol. XXII. La primera edición es de 1916.

"El Estado y la revolución", Ediciones en Lenguas Extran-
jeras, Moscú, 1947. La 1ª edición es de 1917.

"La revolución proletaria y el renegado Kautsky" (1918)
versión española de la Editorial Progreso de Moscú. Publicada /
junto con la obra de Kautsky, "La dictadura del proletariado",
con introducción de F. Claudín, Grijalbo, México, 1975.

LENNER, "Lo Stato sociale contemporaneo", La Civiltà Cattolica,
Roma, 1966.

LE TROSNE, "De l'ordre social; ouvrage suivi d'un traité élémen-
taire sur la Valeur, l'Argent, la Circulation, l'Industrie et /
le Commerce intérieur et extérieur", Debure Frères, París, 1777.

LEVY-BRUHL, "La morale et la science des mœurs", Presses Uni--
versitaires de France, 15ª ed., París, 1953.

LINARES QUINTANA, S., "Acción de amparo", Ed. Bibliográfica Ar-
gentina, Buenos Aires, 1960.

LINDE, E., ORTEGA, L. y SANCHEZ MORON, M., coordinado por E. -/
García de Enterría, "El sistema europeo de protección de los de-
rechos humanos" (Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia
del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), Civitas, Madrid, 1979.

LINDE PANLAGUA, E., "Ley y Reglamento en la Constitución", en /
"Lecturas sobre la Constitución española", vol. I., UNED, Madrid
1978.

LIONS, M., "Los derechos humanos en la Historia y en la doctri-
na", en "Veinte años de evolución de los derechos humanos", Ins-
tituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, p. 479-
503.

LIVET, "L'Autorisation administrative préalable et les libertés
publiques", préface de J. Rivero, L.G.D.J., París, 1974.

LOCKE, J., "Two Treatises on civil Government", 1ª edición de /
1690, trad. de A. Lázaro, "Ensayo sobre el Gobierno civil", In-
troducción de L. Rodríguez, Aguilar, Madrid, 1969. Del primer /
Ensayo sobre el Gobierno civil, escrito en 1688, en polémica con
con Filmer, existe una edición bilingüe con traducción de C. -/
Gutierrez de Gamba y que incluye también el "Patriarca" de Fil-
mer, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

LOEWENSTEIN, K., "Las libertades civiles en los países anglosajones" en "Veinte años de evolución de los derechos humanos", / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974.

_____, "Political Power and the governmental Process", University of Chicago, 1957. Trad. de A. Gallego de la posterior edición alemana, "Verfassungslehre", J.C. Mohr, (P. Siebeck), Tübingen, 1959; Ariel, Barcelona, 1ª ed., 1965; 2ª ed., 1976.

LOMBARDI, G., "La nuova Costituzione di Spagna", Giappichelli, Torino, 1979.

LOPEZ-ARANGUREN, J.L., "Ética y Política", Ed. Guadarrama, 1ª / ed., Madrid, 1963.

LOPEZ CALERA, N., "Hegel y los derechos humanos", Universidad de Granada, 1971.

_____, "Mitificación y Dialéctica en el Estado de Derecho", Anales de la Cátedra Francisco Suarez, nº 11, fascículo 1º, 1971, p. 91-116.

_____, "El riesgo de Hegel sobre la libertad", Universidad de / Granada, 1973.

LOPEZ GUERRA, L., "Las dimensiones del Estado de Derecho", en / Revista Sistema, nº 38-39, octubre, 1980.

LOSANO, "La teoria di Marx ed Engels sul diritto e sull Stato", Turín, 1969.

LOWITH, K., "Diritti dell'uomo e diritti del cittadino in Rousseau, Hegel e Marx", La Cultura, 3, 1965, p. 113-128.

LUCAS MURILLO, P., "El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria", Revista de Estudios Políticos, nº 7, 1979.

LUCAS VERDU, P., "Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho", Acta Salmaticense, Salamanca, 1955.

_____, "Derechos individuales", en "Nueva Enciclopedia Jurídica" T. VII, Seix, Barcelona, 1955, p. 38 y s.

_____, "La lucha por el Estado de Derecho", Publicaciones del / Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

_____, "Socialismo y Derecho constitucional", nº 17-18, Revista Sistema, abril, 1977, p. 25-50.

_____, "El Título I del Anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución)", en "Estudios sobre el Proyecto / constitucional", C.E.C., Madrid, 1978.

_____, "El horizonte iusnaturalista del Derecho constitucional occidental", Revista de Estudios Políticos, nº 19, Madrid.

_____, "Los títulos Preliminar y Primero de la Constitución y / la interpretación de los derechos y libertades fundamentales", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 2, monográfico, p. 9 y s., 1979.

LUKIC, R., "Théorie de l'Etat et du droit", Dalloz, París, 1974.

LUNIA, G., "La dottrina kantiana del Diritto e dello Stato", -/ Giuffrè, Milano, 1960.

_____, "Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto", Giuffrè, Milano, 1973. Trad. de A. Ruiz Miguel, "Principios de teoría e ideología del Derecho", Ed. Debate, Madrid, 1978.

LUXEMBURGO, R., "La revolución rusa", notas escritas en 1917, / pero que no se publican hasta después de la muerte de R. Luxemburgo. Traducción castellana de G. Muñoz en el volumen "Escritos Políticos", de la 1ª edición de "Europäische Verlagsanstalt", Frankfurt am Main, 1970, Grijalbo, Barcelona, 1977.

LLOMPART, J., "La historicidad de los derechos humanos", Anales de la Cátedra Francisco Suarez, nº 12, fascículo 2º, 1972, p. / 131-161.

MAC BRIDE, S., "La Dichiarazione europea dei Diritti dell'uomo, il problema della Democrazia", Europa, vol. I, nums. 11-12, --/ noviembre-diciembre, 1950.

MACPHERSON, C.B., "The Political Theory of Possessive Individualism", Oxford University Press, 1962. Hay versión castellana de J.R. Capella, "La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke", Fontanella, Barcelona, 1970.

_____, "The real word of Democracy", Oxford University Press, / 1966. "La realidad democrática", Fontanella, Barcelona, 1968.

MADIOT, "Droits de l'homme et libertés publiques", Masson, París, 1976.

MANNHEIM, K., "Ideologie und Utopie", 1ª ed., de 1929. En 1936 aparece una edición inglesa aumentada. Hay versión castellana en Aguilar, Madrid; 2ª ed., 1966.

_____, "Freedom, Power and Democratic Planning", Oxford University Press, New York, 1950. Trad. de M. Durán, (1953), 2ª reim- presión, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

MANTILLA, B., "Filosofía del Derecho", Ed. Universitaria de Antioquia, Medellín, Colombia, 1961.

MARAVALL, J.A., "Estado moderno y mentalidad social", Revista / de Occidente, Madrid, 1972.

MARCUSE, H., "Reason and Revolution. Hegel and the Rise of Social Theory", Humanities Press, Inc., New York, trad. de J. Fom- bona, con la colaboración de Rubio Llorente, Alianza ed., 4ª -7ª ed., Madrid, 1979.

MARIE, J.B., "Méthode structurale et droits de l'homme", en R. Cassin, Amicorum discipulorumque liber, IV, Méthodologie des -/ droits de l'homme, Pedone, París, 1972, p. 197-218.

MARITAIN, J., "Principes d'une politique Humaniste", Editions de la Maison Française, New York, 1944.

_____ "Humanisme Intégral", Fernand Aubier, 2ª ed., 1946.

_____ "Les droits de l'homme et la Loi Naturelle", Paul Hartmann, París, 1947.

_____ "L'Homme et L'Etat", P.U.F., París, 1953, 2ª ed., 1965.

MARQUISET, J., "Los derechos naturales", trad. de N. Clara, --/ Oikostan, Barcelona, 1971.

MARTIN, A., "Sociologie der Renaissance", F. Enke Verlag, Stuttgart, 1932. Trad. de M. Pedroso, "Sociología del Renacimiento", Fondo de Cultura Económica, México, 1946, 4ª reimpresión 1974.

MARTIN MATEO, "Silencio administrativo y actividad autorizante" R.A.P., nº 48.

MARTIN OVIEDO, "Significado y valor de los textos refundidos", Revista de Derecho Financiero, nº 79, p. 77 y s.

_____ "Tipología, jerarquía y producción de las normas en la / Constitución española", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

MARTIN-RETORTILLO, L., "La clausula de orden público como límite impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos", Civitas, Madrid, 1975.

_____ "La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge", R.A.P., nº 38, 1962, p. 35 y s.

MARTINES, T., "Diritto costituzionale", Giuffrè, Milan, 1978.

MARTINETTI, P., "La libertà", Editores Paolo Boringhieri, Turín 1965, 1ª edición de 1928.

MARX, K., "Kritik des hegelschen Staatrechts", 1843. Versión española de A. Encinares de la edición alemana de Dietz Verlag, Berlín, 1961, "Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel", con / prólogo de A. Sanchez Vazquez, Grijalbo, Barcelona, 1974.

_____ "Zur kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie". Este trabajo fue escrito en 1843 y, junto con la "Cuestión judía", re-presenta la aportación de Marx a los Anales Franco-Alemanes publicados por Ruge en París. Trad. de A.R., "Contribución a la / crítica de la Filosofía del Derecho", con notas aclaratorias de Rodolfo Nondolfo, Ediciones Nuevas, Buenos Aires, 1965.

_____ "Zur Judenfrage" (La Cuestión Judía), en Anales Franco-Alemanes, 1844. Trad. castellana de W. Roces, "La Sagrada Familia y otros escritos", Grijalbo, México, 1958. He utilizado una edición castellana que recoge los textos polémicos de Bauer y / Marx; así como comentarios de A. León, L. Trotsky, e I. Deutscher, Heráclito, Buenos Aires, 2ª ed., 1974.

_____ "Dekonominische-Philosophische Manuskripte aus dem Jahre / 1844", traducción, introducción y notas de F. Rubio; "Manuscriptos: economía y filosofía", Alianza editorial, 1968, 5ª ed., --/ Madrid, 1974.

"Contribución a la crítica de la economía política", --/ Berlín, 1859, reimpresión con la "Introducción general" de 1857 por Kautsky, Stuttgart, 1907. Trad. de J. Merino, A. Corazón, / Madrid, 1970.

"El Capital. Crítica de la Economía Política", 1ª ed., / Hamburgo, 1867. Trad. de W. Roces, 8ª reimpresión de la 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

"La Guerra civil en Francia", Londres, 1871, trad. y notas del I. M-L, Ed. de Cultura Popular, Barcelona, 1968.

"Crítica del Programa de Gotha", publicado por Engels en Neue Zeit, IX, 1891, aunque escrita en 1875, R. Aguilera, Madrid 1968.

MARX, K., ENGELS, F., "Die heilige Familie oder Kritik der kritischen kritik. Gen Bruno Bauer und Konsorten", Frankfurt, 1845. Trad. de W. Roces, "La Sagrada Familia o Crítica de la crítica crítica contra Bruno Bauer y Consortes", Grijalbo, México, ---/ 1958.

"Die Deutsche Ideologie", 1845-1846; trad. de W. Roces, "La ideología alemana", Ed. Pueblos-Unidos, Grijalbo, 4ª ed., / Barcelona, 1972.

"Manifest der Kommunistischen Partei", Londres, 1848. He utilizado la traducción castellana de R. García Ormaechea con / una introducción de C. Andler, Toulouse, 1946.

MATEU-ROS CEREZO, R., "Crisis del Estado y fuentes del Derecho", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1979.

MAYER, "Deutsches Verwaltungsrecht", I, Leipzig, 1895. "Derecho Administrativo Alemán", I, Depalma, Buenos Aires, 1949.

MAYR, R. v., "Römische Rechtsgeschichte", Leipzig, 1912-1913. / Trad. de W. Roces, "Historia del Derecho Romano", 2 volúmenes, Labor, Barcelona, 1926; 2ª ed., 1930.

MAZZIOTTI, "Il diritto al lavoro", Giuffrè, Milano, 1957.

MCLELLAN, D., "Marx before Marxism", 1970. Trad. de M. Figueras "De Hegel a Marx", A. Redondo editor, Barcelona, 1972.

MEINECKE, F., "Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte", R. Oldenbourg, Berlín, 1925. Versión castellana de F. González Vicen, "La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

MENDOZA OLIVAN, "Tipología de las leyes en la Constitución", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979, p. 91 y s.

MERKL, A., "Teoría General del Derecho Administrativo", 1ª ed., Viena-Leipzig 1923, existe versión castellana en Editora Nacional, México, 1980.

MESNARD, P., "L'Essor de la Philosophie Politique au XVI siècle", 2ª ed., J. Vrin, París, 1952.

MESSNER, J., "Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik", 4ª ed.; Innsbruck-Wien-München, 1960. Trad. de J.L. Barrios y otros, "Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural", Rialp, Madrid / 1967.

MIAILLE, M., "L'Etat du Droit", Collection critique de Droit, / Presses Universitaires de Grenoble, Ed. Mas Pero, 1978.

MILIBAND, R., "The State in Capitalist Society", Weidenfeld and Nicholson, Londres, 1969. Hay edición castellana, "El Estado en la sociedad capitalista", Siglo XXI, México, 1970.

_____, "Marxism and politics", Oxford University Press, 1977. / Trad. de S. Juliá, "Marxismo y Política", Siglo XXI, Madrid, -/ 1978.

MODINOS, P., "Droits et libertés de l'homme", Miscellanea W.J. Ganshof van der Neersch, tomo I, E. Bruylant, Bruxelles, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1972, p. 513 y s.

MOLH, R. von "Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates", Laupp, Tübingen, 1832-1833.

MONACO, "Manuale di Diritti internazionalie pubblico", Torino, / 1960.

MONDOLFO, R., "El humanismo de Marx", F.C.E., México, 1964.

MONTESQUIEU, "De l'Esprit des lois" (1748) en "Oeuvres complètes", F. Didot-Frères, París, 1837. Trad. de M. Blazquez y P. / de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972.

MOORE, S., "The critique of capitalist democracy", (1957). Trad. de M. Norversztern, "Crítica de la Democracia capitalista. Una introducción a la teoría del Estado en Marx, Engels y Lenin", / 4ª edición en español, Siglo XXI, Madrid, 1974.

MORANGE, M., "Contribution à la theorie générale des libertés / publiques", Nancy, 1940.

_____, "Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations de Droit", Revue de Droit Public et de la Science Politique, vol. 60, p. 323 y s.

MOREAU, J., "Jean-Jacques Rousseau", P.U.F., París, 1973. Trad. de J. del Agua, "Rousseau y la fundamentación de la democracia", Espasa-Calpe, Madrid, 1977.

MORENA Y DE LA MORENA, L. de la "El Estado de Derecho como "tipo ideal" del Estado", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, nº 50-51, 1974, p. 451-477.

MORELLI, G., "La sospensione dei diritti fondamentale nello Stato Moderno. La legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese et italiana", Giuffré, Milano, 1966.
"Il diritto naturale nelle Costituzioni moderne", Vita e pensiero, Milano, 1974.

MORIN, G., "La loi et le contrat: la décadence de leur souveraineté", París, 1927.

MORTATI, C., "Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità", Giuffré, Milano, 1964.

"Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale", en "Scritti sulle fonti del Diritto e sull'interpretazione", Giuffré, Milano, 1972.

y la colaboración de G. Vergottini, A. di Giovine, F. -/ Pizzetti, M.C. Sergi y G. Zagrebelsky, "L'Ombudsman: il difensore civico", Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1974.

"Istituzioni di Diritto Pubblico", CEDAM, Padova, 1975, 9ª ed., 2 volúmenes.

MOSSA, "La crisi del Diritto in Europa", en Nuova Rivista de -/ Diritto Commerciale, vol. IV, 1951, p. 211 y s.

MOSSE-BASTIDE, R.M., "La liberté", P.U.F., París, 1966.

MOUSKHELY, N., "Les fondaments philosophiques et sociologiques des Droits de l'homme", en "La protection internationale des -/ Droits de l'homme dans le cadre européen", Dalloz, París, 1961.

MUÑOZ MACHADO, "La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: su problemática en materia de sanciones administrativas" Revista Española de Derecho Administrativo, nº 11.

NAEF, W., "Staat und staatsgedanke", Verlag H. Lang, Bern, 1935. Traducción de F. González Vicens, "La idea del Estado en la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1973.

NASO, E., "La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale", Commento sistematico con la collaborazione di E. Siggia, L. Loschiavo y G. Caristo, 3 volúmenes, Ed. -/ Pen, Roma, 1971.

NAVARRO VALLS, R., "El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978", en "El hecho religioso en la nueva Constitución española", XVI Semana Española de Derecho Canónico, Salamanca / 1979, p. 135-162.

NEUMANN, F., "The democratic and the authoritarian State; Essais in political and legal theory", The Free Press, Glencoe, 1957. Hay versión castellana en Ed. Paidós, Buenos Aires, 1968.

NICOLETTI, "Sul diritto alla Resistenza", Giuffré, Milán, 1960.

NORIEGA, A.C., "La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917", UNAM, México, 1967.

NOVAK, "La lutte pour les droits de l'homme", en "Le fondement des Droits de l'Homme", ed. La Nuova Italia, Florencia, 1966.

NUÑEZ BARBERO, R., "Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común", en "Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal", Universidad de Salamanca, 1971.

NUÑEZ-VILLAVEIRAN, "Delegaciones y autorizaciones legislativas en la Constitución", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, -/ Madrid, 1979, p. 1527 y s.

OFFE, C., y LENHARDT, L.; "Teoria dello Stato e politica sociale", Feltrinelli, Milano, 1979.

OFFE, C., "Lo Stato nel capitalismo maturo", Etas libri, Milano, 1977.

OPPENHEIM, F., "Dimensions of Freedom. An Analysis", New York, 1961. Trad. italiana "Dimensioni della libertà", Feltrinelli, Milán, 1964.

ORTIZ DIAZ, "El precedente administrativo", Revista de Administración Pública, nº 24.

ORTIZ DE LA TORRE, T., "El derecho internacional público en la Constitución española de 1978", en "Lecturas sobre la Constitución española", vol. II, UNED, Madrid, 1978.

PAILLET, M., "Marx contre Marx", Denoel, París, 1971.

PAINE, T., "Los derechos del hombre", trad. de J.A. Fontanilla y Prólogo de Eloy Terrás, Aguilar, Buenos Aires, 1954; 2ª ed., 1959, 3ª ed., 1962.

PALADIN, L., "Il principio costituzionale d'eguaglianza", Giuffré, Milano, 1965.

PALAO TABOADA, C., "La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario", en "Hacienda y Constitución", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

PALAZZOLO, "Considerazioni sulle dichiarazioni dei diritti", / Giuffré, Milano, 1947.

PALLARES, E., "Diccionario teórico y práctico del juicio de amparo", 3ª ed., Porrúa, México, 1975.

PARADA, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", en R.A.P., nº 67.

PAREJO, L., "La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución", R. A. P., nº 84, Madrid, 1978.

PASINI, D., "Stato-Governo e Stato-Società", Giuffrè, Milano, 1978

"Diritto, Società e Stato in Kant", Giuffrè, Milano, -/1957.

"Problemi di Filosofia della Politica", E. Jovene, Napoli, 1977. Se recogen aquí diez trabajos del autor sobre diversos problemas de la libertad, el poder y la obligación política, publicados antes en Revistas a partir de 1970.

PASSERIN D'ENTREVES, A., "The notion of the State", The Clarendon Press, Oxford, 1967. Trad. de A. Fernández-Galiano, Euramérica, Madrid, 1970.

"Sul concetto di libertà politica", Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, anno XLVI, serie III, 1969, --/abril-septiembre, nº 2-3.

"Obbedienza e resistenza in una società democratica", /Comunità, Milano, 1970.

"Natural Law an introduction to legal philosophy", 1ª /ed., Mutchinson, London, 1951. Trad. de M. Hurtado, Aguilar, /Madrid, 1972. Se incluyen, además de la obra original, dos trabajos más recientes del autor, "Revisión de la causa del Derecho Natural", conferencias pronunciadas en la Universidad de Notre Dame el 9-10 de octubre de 1954, y "Dos cuestiones en torno al Derecho", conferencia pronunciada en la Universidad de Yale en diciembre de 1961.

"Legitimidad y resistencia", trad. de M. Atienza, Revista Sistema, nº 13, Madrid, abril, 1976.

PASUKANIS, E., "Obschaia teoria prava i marxisma", 1ª ed., Moscú, 1924. Trad. de V. Zapatero, "Teoría General del Derecho y Marxismo", Labor, Barcelona, 1976.

PAUL, W., "¿Existe la teoría marxista del Derecho?", Revista /Sistema, nº 33, noviembre, 1979, p. 65 y s.

PHILIP, A., "La démocratie industrielle", P.U.F., París, 1963, versión castellana y nota preliminar de Dionisio Ridruejo, Tecnos, Madrid, 1965.

PECES-BARBA MARTINEZ, G., "Persona, Sociedad y Estado: el pensamiento social y político de J. Maritain", Edicusa, Madrid, /1972.

"La protección de los derechos fundamentales en Francia" Boletín Informativo de Ciencia Política, nº 9, Madrid, abril, 1972, ahora en "Libertad, Poder, Socialismo", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "El Derecho de los derechos fundamentales", Revista Sig-
tema, nº 2, Madrid, marzo, 1973.

_____ "El socialismo y la libertad", Revista Sistema, nº 9, /
Madrid, abril, 1975, p. 67 a 95, ahora recogido en "Libertad,
Poder, Socialismo", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los pla-
nes de estudios", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15,
1975. Ahora en "Libertad, Poder, Socialismo", Civitas, Madrid,
1978.

_____ "Socialismo y Estado de Derecho", Revista Sistema, nº /
15, Madrid, octubre, 1976, p. 61 a 72, ahora recogido en "Li-
bertad, Poder, Socialismo", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "Notas sobre el concepto de derechos fundamentales", en
el libro homenaje al Profesor Corts Grau, Universidad litera-
ria de Valencia, 1977, ahora recogido en "Libertad, Poder, So-
cialismo", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "Notas sobre derechos fundamentales, socialismo y Cons-
titución", Revista Sistema, nº 17-18; Madrid, abril, 1977, p.
89 a 98, ahora recogido en "Libertad, Poder, Socialismo", Civi-
tas, Madrid, 1978.

_____ "La nueva Constitución española desde la filosofía del
Derecho", Documentación Administrativa, nº 180, 1978.

_____ "La Filosofía de los límites del poder en los siglos -/
XVI y XVII", en "Libertad, Poder, Socialismo", Civitas, Madrid
1978.

_____ "Reflexiones sobre Derecho y Poder", en "Libertad, Poder,
Socialismo", Civitas, Madrid, 1978.

_____ "Reflexiones sobre la Teoría general de los derechos fun-
damentales en la Constitución", Revista de la Facultad de Dere-
cho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 2, monográfico,
Madrid, 1979.

_____ "Consideraciones sobre el significado y el valor del -/
Estado", Revista Sistema, nº 38-39, octubre, 1980, p. 3 y s.

_____ "Derechos Fundamentales", 3ª ed., Latina, 1980. La 1ª /
edición con el título "Derechos Fundamentales I., Teoría Gene-
ral", es de 1973; la 2ª de 1976.

_____ "La Constitución española de 1978. Un estudio de Dere-
cho y Política", (con la colaboración de Luis Prieto), F. To-
rres, Valencia, 1981.

PECES-BARBA, G., HIERRO, L.; "Textos básicos sobre derechos hu-
manos", Facultad de Derecho, Madrid, 1973.

PECES-BARBA, G., MOHEDANO, J.M., DE LA QUADRA, T., GONZALEZ, /
P., "Sobre las libertades políticas en el Estado español", --/
Fernando Torres ed., Valencia, 1977.

PELLOUX, R.; "Essai sur les droits de l'homme en Europe", L.G.
D.J., París, 1959.

_____ "Le citoyen devant l'Etat", P.U.F., París, 1965.

_____ "L'étude des droits de l'homme doit être interdiscipli-
naire", en R. Cassin, Amicorum discipulorumque liber, vol. IV,
p. 9 y s., Pedone, París, 1972.

PEREZ DIAZ, V., "Burocracia y sociedad civil", Alfaguara, Madrid, 1978.

PEREZ LUÑO, A.E., "El proceso de positivización de los derechos fundamentales", en la obra colectiva "Los Derechos Humanos. -/ Significación, Estatuto jurídico y sistema", Universidad de Sevilla, 1979.

_____, "Estado de Derecho y Derechos Fundamentales", en la obra colectiva, "Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto jurídico y sistema", Universidad de Sevilla, 1979.

_____, "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en "Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto jurídico y sistema", Universidad de Sevilla, 1979.

PEREZ ROYO, F., "El principio de legalidad tributaria en la Constitución", en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución" C.E.C., Madrid, 1978.

PEREZ ROYO, J., "Introducción a la teoría del Estado", Ed. Blume, Barcelona, 1979.

PEREZ SERRANO, "Tratado de Derecho Político", Civitas, Madrid, 1976.

PERELMAN, "Peut-on fonder les droits de l'Homme", en "Le fondement des droits de l'Homme", La Nuova Italia, Florencia, 1966.

_____, "Cinq leçons sur la justice", en "Droit, morale et philosophie", L.G.D.J., París, 1968.

PERGOLESSI, F., "Appunti su alcuni lineamenti dei diritti sociali", Giuffrè, Milano, 1953.

PIOLA, A., "Stato di diritto e regime democratico", Giuffrè, / Milano, 1963.

PIOVANI, P., "Giusnaturalismo ed etica moderna", Laterza, Bari, 1961.

PIZZETTI, F., "Rigidità e garantismo nella Costituzione spagnola", La Cartostampa, Torino, 1979.

POINCARÉ, H., "Dernières pensées", París, 1913.

POLIN, R., "Ethique et politique", Sirey, París, 1968.

PONTARA, G., "Se il fine giustifichi i mezzi", Il Mulino, Bologna, 1974.

POULANTZAS, N., "Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur", L.G. D.J., R. Pichon y R. / Durand-Auzias, París, 1965.

_____, "Preliminaires à l'étude de l'hégémonie dans l'Etat", / Les Temps Modernes, 1965. Trad. de M. Poyrazián y Solé Tura en el volumen "Sobre el Estado capitalista", Laia, Barcelona, --/ 1974

_____ "L'examen marxiste du Droit et de l'Etat actuels et la question de l'alternative", Les Temps Modernes, 1964. Trad. de J.R. Capella en el volumen "Marx, el Derecho y el Estado", -/ con trabajos de Cerroni, Miliband y Tadic.

_____ "Hegemonía y dominación en el Estado moderno", trad. de M. Poyrazián, Siglo XXI, Buenos Aires, 1973. Se recogen en este volumen, además de los dos trabajos indicados anteriormente, el estudio "Marxism in Great Britain", New Left Review, nº 43, y el titulado "A propos de la Theorie marxiste du Droit", Archives de Philosophie du Droit, XII, 1967.

_____ "Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste", Maspero, París, 1968. Trad. de F. Torner, Siglo XXI, 7 México, 1968.

_____ "Fascismo y dictadura. La III Internacional frente al / fascismo", 1ª edición francesa, Maspero, París, 1970; 3ª ed., castellana, Siglo XXI, Madrid, 1973.

_____ "La crise de l'Etat", P.U.F., París, 1976. Obra dirigida por Poulantzas con trabajos de Brunhoff, Buci-Glucksmann, / Castells y otros. Traducción, introducción y notas de S. Vilar, Fontanella, Barcelona, 1977.

_____ "Estado, poder y socialismo", trad. de F. Claudiñ, 1ª / ed., francesa en P.U.F., París, 1978; Siglo XXI, Madrid, 1979.

PREDIERI, A., "El sistema de las fuentes del Derecho", en "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático dirigido / por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980.

PRIETO SANCHIS, L., "Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales", en "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid 1980.

_____ "Tres recursos de inconstitucionalidad", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, / nº 59, 1981, p. 201 y s.

_____ "Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo con relevancia constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 1, (en prensa).

_____ "Las Leyes Orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 62, 1981, (en prensa).

_____ "El ordenamiento jurídico en la Constitución española / de 1978", capítulo VII de la obra del profesor Peces-Barba "La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política", F. Torres, Valencia, 1981.

PUEENTE EGIDO, J., "La Teoría pura del Derecho y la Ciencia del Derecho internacional", C.S.I.C., Madrid, 1962.

PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del Derecho", ---/ Bosch, Barcelona, 1951.

QUINTANO RIPOLLES, A., "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", tomo IV, "Infracciones contra la Comunidad social", Coordinado por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho Privado, / Madrid, 1967.

_____, "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal", C. S. I. C., Instituto "Francisco Vitoria", Madrid, -/ 1955, vol. II.

QUADRA SALCEDO, T., "La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas", R.E.D.A., nº 24, enero-marzo, 1980.

RADBRUCH, SCHMIDT y WELZEL, "Derecho injusto y Derecho nulo", trad. de J.M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971. Se -/ recogen en este volumen los trabajos siguientes: "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes", escrito por -/ Radbruch en 1946; "La ley y los Jueces", de Schmidt (1952); y "El problema de la validez del Derecho", de Welzel (1966).

RADBRUCH, G., "Grundzüge der Rechtsphilosophie", 1ª ed., de -/ 1914. Traducción de J. Medina, Revista de Derecho Privado, 1ª ed., Madrid, 1933.

_____, "Gesetzliches Umrecht und übergesetzliches Recht", publicado en Süddeutsche Juristen Zeitung, nº 5, agosto, 1946, versión castellana con el título "Arbitrariedad legal y Derecho / Supralegal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

_____, "Introducción a la Filosofía del Derecho", trad. de W. Roces, de "Vorschule der Rechtsphilosophie", (1948), 4ª ed., -/ F.C.E., Madrid, 1974.

_____, "Du Droit individualiste au Droit Social", Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Cahier double nº 3-4, 1931.

RAMIREZ, M., "Participación y pluralismo en la Constitución de 1978", en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", / Ed. Pórtico, Zaragoza, 1979.

RAVA, "Crisi del diritto e crisi mondiale", en "La crisi del / Diritto", a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, CEDAM, Padova, 1953.

RAWLS, J., "A Theory of Justice", 1ª edición inglesa, 1971. -/ Trad. de Mª Dolores González, "Teoría de la Justicia", Fondo / de Cultura Económica, Madrid, 1979.

RECASENS SICHES, L., "Tratado General de Filosofía del Derecho" Porrúa, México, 1970, 6ª ed., 1978.

_____, "Iusnaturalismos actuales comparados", Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid, 1970.

REDENTI, "Variazioni sul tema del verbo comandare", en Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, XV XIII, 1959, p. -/ 777-794.

REMIRO BROTONS, "Las Cortes y la política exterior española", Universidad de Valladolid, 1977.

RENOULD, J., "Reflexions sur la nature des droits de l'homme", Revue de Droit International et Comparé, 1968, p. 149 y s.

RESCINGO, P., "I diritti di libertà", en "La Costituzione spagnola", Arnaldo Forni, Bolonia, 1978.

RIOS, F. de los "El sentido humanista del socialista", edición de Elias Diaz, Ed. Castalia, Madrid, 1976.

RIPERT, "Le déclin du Droit", L.G.D.J., París, 1949.

RIQUET, M., "Morale et droits de l'homme", en R. Cassin, Disciplines juridiques, IV, Methodologie des droits de l'homme, Pedone, París, 1972, p. 91-96.

RIVERO, ROBERT, DOLL; ROSENTHAL y otros, "Les problemes de --/ l'homme en uniforme"; III Colloque de Besançon sur les droits de l'homme en France, Annuaire Français des Droits de l'Homme, vol. I, A. Pedone, París, 1974.

RIVERO, J., "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", en "Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso", T. III, Instituto / de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1969.
"Libertés Publiques", 2 volúmenes, P.U.F., París, 2ª ed. 1978.

RIVERO YSERN y CASCAJO CASTRO, "Consideraciones sobre las leyes orgánicas", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1979.

ROBERT, J., "Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration", L.G.D.J., París, 1956.

----- "Libertés publiques", Ed. Montchrestien, París, 1971.
----- "Propos sur le sauvetage d'une liberté", Revue du Droit Public, 1971, p. 1171 y s.

ROBLES, G., "El fracaso epistemológico de la doctrina del Derecho Natural", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nueva época, primavera de 1978, p. 73 a 88.

----- "El origen histórico de los derechos humanos: comentario de una polémica", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nueva época, nº 57, otoño / de 1979, p. 21 a 53.

----- "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos"; Rivista Internazionale di / Filosofia del Diritto, nº 3, 1980, p. 479 y s.

ROCHE, "Libertés publiques", Dalloz, 3ª ed., París, 1974.

RODRIGUEZ IBAÑEZ, J.E., "Crisis de legitimación y capitalismo avanzado", Revista Sistema, nº 21, noviembre, 1977, p. 87-104.

RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M., "Hacia una concepción amplia del Derecho Natural", Tecnos, Madrid, 1970.

_____, "La Etica de los Valores como Etica Jurídica", Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1972.

_____, "Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley", Tecnos, Madrid, 1976.

RODRIGUEZ RAMOS, L., "Libertades cívicas y Derecho Penal", Tecnos, Madrid, 1975.

RODRIGUEZ-ZAPATA, J., "Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho", R.C.E., Bolonia, 1976.

_____, "Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1979, p. 1737 y s.

ROMANO, S., "La Teoria dei diritti pubblici subjettivi", en -/ "Primo trattato completo di Diritto Amministrativo italiano", V.E. Orlando, S.E. Libreria, Milano, 1900.

ROMMEN, H., "Die ewige Wiederkehr des Naturrechts", 1ª edición Leipzig, 1936, trad. francesa, "Le Droit Naturel", Egloff, París, 1945.

ROSS, A., "On Law and Justice", Stevens & Sons, London, 1958. Traducción de G. Carrió, "Sobre el Derecho y la Justicia", -/ Eudeba, Buenos Aires, 1963.

ROSELLI, C., "Socialismo liberale e altri scritti", a cura de J. Roselli, Einaudi, Torino, 1973. Existe traducción al español de D. Abad de Santillán en Ed. Mexicanas Unidas, México, / 1977.

ROSSI, M., "La génesi del materialismo storico", Ed. Riuniti, Roma, 1963. Traducción de J.A. Méndez, en tres volúmenes: "La izquierda hegeliana", "El joven Marx" y "La concepción materialista de la historia", A. Corazón, Madrid, 1971. El original italiano constituye el volumen segundo de una obra más amplia "Marx y la Dialéctica hegeliana", cuyo primer volumen se titula "Hegel y el Estado".

ROUBIER, P., "Droits subjectifs et situations juridiques", Dailloz, París, 1963.

_____, "Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie -/ des droits subjectifs", en Archives de Philosophie de Droit, / 1964, p. 86 y s.

ROUSSEAU, J.J., "Du contrat social ou Principes du Droit Public", Amsterdam, 1762, en "Oeuvres complètes", ed. dirigida por B. / Gagnebin y M. Raymond, Bibliotheque de la Pleiade, vol. III, / París, 1964.

_____ "Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes", (1755), en "Oeuvres complètes", vol. III La Pleiade, París, 1964.

_____ "Emile ou l'éducation", 1ª edición de 1762, en "Oeuvres complètes", Bibliotheque de la Pleiade, vol. IV, París, 1969.

_____ "Escritos de Combate", traducción y notas de S. Masó. Introducción, cronología y bibliografía de G. Benrekassa, Ed. -/ Alfaguara, Madrid, 1979. Se recogen en este volumen, además de otros escritos menores, el Contrato Social y los Discursos sobre las ciencias y las artes y sobre la desigualdad entre los hombres.

ROUSSET, "La loi organique dans la Constitution de 4 de octobre de 1958", Sirey, París, enero de 1960.

ROVAN, J., "Une idée neuve: la démocratie", Duseuil, París, -/ 1961.

RUBEL, M., "Introduction a l'éthique marxienne", en "Marx. Pages choisies pour une éthique socialiste", textos reunidos, -/ traducidos y anotados por M. Rubel, Ed. M. Rivière, París, 1948, trad. castellana en Amorrortu, Buenos Aires.

RUBIO LLORENTE, F., "Introducción" a los "Escritos de Juventud" de Marx, seleccionados y traducidos por el mismo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965.

_____ "Introducción" a los Manuscritos económico-filosóficos de Marx (1844), traducidos y anotados por el mismo, Alianza -/ Ed., Madrid, 1968.

_____ "Constitución y Educación", en "Constitución y Economía" Edersa, Madrid, 1977.

_____ "La Constitución como fuente del Derecho", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, Madrid, 1979.

RUBIO LLORENTE, F., y ARAGON REYES, M., "La jurisdicción constitucional en la Constitución española de 1978", en "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. Garcia de Enterría, Civitas, Madrid 1980, p. 797 y s.

RUGGERI, "Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative", Milano, 1977.

RUILOBA SANTANA, E., "El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo", Universidad de Valencia, 1978.

RUIZ-GIMENEZ CORTES, J., "Introducción a la Filosofía Jurídica", 2ª ed., Espasa, Madrid, 1960.

_____, "La concepción institucional del Derecho", I.E.P., Madrid, 1944.

_____, "La propiedad, sus problemas y su función social", Ed. Maya, Salamanca, 1961.

_____, "El Concilio y los Derechos del Hombre", Edicusa, Madrid 1968.

RUIZ LAPENA, R., "El Tribunal Constitucional", en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Ed. Pórtico, Zaragoza, 1979.

RUIZ MIGUEL, A., "La contribución teórico-política de Norberto Bobbio al debate contemporáneo de la izquierda italiana", Fundación F. Ebert, Madrid, 1979.

_____, "Estudio Preliminar" a la obra de Bobbio, "Contribución a la Teoría del Derecho"; selección y traducción del mismo autor, F. Torres, Valencia, 1980.

SABINE, G., "A History of Political Theory", trad. de V. Herro, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., 1945, 6ª reimpresión / México, 1974.

SACCO, "Il concetto di interpretazione del diritto", Torino, / 1947.

SAINT-JUST, "Discurso sobre la Constitución que se tiene que / dar a Francia", pronunciado en la Convención, 24 de abril de / 1793, en "Discursos. Dialéctica de la revolución", trad. de -/ J. Fuster, Ed. Taber, Barcelona, 1970.

SAINT-SIMON, "De l'organisation sociale", V en "Oeuvres Choisies", Bruxelles, 1859, vol. III.

SAINZ DE BARANDA, R., "La Convención Europea de los derechos / del hombre", Academia Aragonesa de Ciencias Sociales e Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1959.

SAINZ MORENO, F., "Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa", Civitas, Madrid, 1976.

SALA ARQUER, J.M., "Las bases constitucionales de la Administración del Estado: Ley y Administración en la Constitución de 1978", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho" Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1979.

SANCHEZ AGESTA, L., "Historia del constitucionalismo español", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

_____, "Derecho Constitucional comparado", Ed. Nacional, Madrid 1963.

_____, "El sistema político en la Constitución española de --/ 1978", Editora Nacional, Madrid, 1979.

____ "Algunos caracteres generales de la Constitución de --/ 1978", Revista de Derecho Público, nº 74, 1979.

____ "La jerarquía normativa en la Constitución de 1978", -/ en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1979.

SANCHEZ DE LA TORRE, "Teoría y experiencia de los derechos humanos", (1968), Del Toro, Madrid, 2ª ed., 1976.

____ "Teoría jurídica de los derechos humanos", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

____ "Sociología de los derechos humanos", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

SANCHEZ MORON, M., "El principio de participación en la Constitución española", R.A.P., nº 89, mayo-agosto, 1979.

____ "La participación del ciudadano en la Administración pública", C.E.C., Madrid, 1980.

____ "Notas sobre la función administrativa", en "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, / Madrid, 1980.

SANCHEZ VILAMONTE, C., "Los derechos del hombre en la revolución francesa", UNAM, Dirección General de Publicaciones, México, / 1956.

SANDULI, A. "Justicia administrativa y Constitución", Revista de Estudios Políticos, nº 7, enero-febrero, 1979.

SANTAMARIA, J., "Las relaciones entre Gobierno y Cortes en el Anteproyecto", en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución" C. E.C., Madrid, 1978

SANTAMARIA, J.A. "Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración", Revista del Departamento de Derecho Político, UNED, otoño, 1979, p. 46 y s.

SANTAOLALLA, F., "Los Tratados como fuente del Derecho en la Constitución", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, -/ 1979, p. 1913 y s.

SARTORI, G., "Democrazia e definizioni", Il Mulino, Bolonia, / 1957.

SAVATIER, "Du Droit civil au Droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité juridique", Pichon, París, 2ª ed., 1950.

SCARPELLI, U., "La dimensione normativa della libertà", Rivista de Filosofia, vol. LV, nº 4, 1964.

____ "Cos'è il positivismo giuridico", Ed. di Comunità, Milano, 1965.

SERRANO ALBERCA, J.M., "Situaciones excepcionales y fuentes del Derecho en la Constitución española de 1978", en "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1979.

SERRERA CONTRERAS, "La protección de los derechos fundamentales y el orden contencioso administrativo", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, nº 2, 1979, p. 373 y s.

SCHAFF, A., "Le marxisme et l'individu. Contribution a la philosophie marxiste de l'homme", Colin, París, 1968.

_____, "Geschichte und Wahrheit", Europa Verlag, Viena, 1971.
Trad. de I. Vidal, "Historia y verdad", Grijalbo, Barcelona, / 1974.

SCHMITT, C., "Teoría de la Constitución", trad. de F. Ayala, / Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

_____, "Die Diktatur", 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1964, trad. de J. Díaz, "La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria", Revista de Occidente, Madrid, 1968.

SCHEIDER, H.P., "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. de J. Abellán, Revista de Estudios Políticos, nº 7, nueva época, --/ enero-febrero, 1979.

SHAJNAZAROV, G., KURITSIN, V., PATIULIN, V., VITRUK, N., y --/ otros, "El socialismo y los derechos del hombre", Academia de Ciencias de la U.R.S.S., Moscú, 1979.

SIERRA BRAVO, R., "La declaración de Derechos de Virginia", --/ Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XIV, 1969, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

SIRAT, Ch., "La loi organique et la Constitution de 1958", Dailloz, París, agosto, 1960, Chr. XXVIII.

SOBOUL, "J.J. Rousseau y el Jacobinismo". Etudes sur le Contrat Social de J.J. Rousseau. Actes des Journées d'étude organisées à Dijon pour le commémoration du 200 anniversaire du Contrat / Social, París, 1964. Trad. de V. y E. Fernandez Vargas, en Soboul "Las clases sociales en la Revolución Francesa", Ed. Fundamentos, Madrid, 1971.

SOLARI, G., "Filosofía del Diritto Privato, I. Individualismo e Diritto Privato", Giappichelli, Turín, 1959.

_____, "Il liberalismo di Kant e la sua concezione dello Stato di diritto", en "La formazione storica e filosofica dello Stato moderno", Torino, 1934, y recogido en "Studi Storici di Filosofia del Diritto", Giappichelli, Torino, 1949.

_____, "G. Humboldt e il suo pensiero politico", en "Studi Storici di Filosofia del Diritto", Giappichelli, Torino, 1949.

_____, "Il ius circa" sacra nell'età e nella dottrina di U. --/ Grocio", en "Studi Storici di Filosofia del Diritto", Giappichelli, Torino, 1949.

SOTELO, I., "Socialismo y marxismo", Revista Sistema, nº 29-30 mayo, 1979.

SOTO, J., "La loi et le réglament dans la Constitution du 5 octobré 1958", Revue de Droit Public et de la Science Politique, 1959, mars-avril, p. 275 y s.

SPINOZA, B., "Tractatus politicus", 1ª ed., Amsterdam, 1677. / Trad. de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1966.

STAMMLER, "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. de W. Rocco, de la 2ª edición alemana; Ed. Nacional de México, 1980, / la 1ª edición, Berlín-Leipzig, 1922.

STARCH, CH., "Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes", Nomos -/ Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1970. Prólogo y traducción / de L. Legaz, "El concepto de Ley en la Constitución alemana", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1970.

STEIN, E., "Lehrbuch des staatsrechts", P. Siebeck, Tübingen, 1971. Trad. de Sainz Moreno, "Derecho Político", nota preliminar de F. Rubio, Aguilar, Madrid, 1973.

STENDARI, "Libertá ed eguaglianza nello Stato democratico moderno", Giuffrè, Milano, 1953.

STERN, A., "The Philosophy of History and the Problem of Values" Traducción de O. Nudler, "La Filosofía de la Historia y el problema de los valores", Eudeba, 2ª ed., Buenos Aires, 1965.

STOYANOVITCH, "Marxisme et Droit", L.G.D.J., París, 1964.

STUCKA, P.I., "La función revolucionaria del Derecho y del Estado", trad. de Capella de la "Teoría general del Derecho" (Moscu, 1921) y otros escritos (1918-1930). Ed. Península, 1ª ed., 1969, 2ª ed., Barcelona, 1974.

SZABO, I., y otros, "Socialist concept of human rights", Akademiai Kiadó, Budapest, 1966.

TARELLO, G., "Storia della cultura giuridica moderna", vol. I; "Assolutismo e codificazione del Diritto", Il Mulino, Bolonia, 1976.

TESTA, A., "I Diritti dell'uomo", Capelli editores, 1962.

TEZANOS, J.F., "Alienación dialéctica y libertad. Aproximación a la teoría marxista de la alienación", Fernando Torres, Valencia, 1977.

TOBBAH, B., "De la personne humaine a la Communauté humaine", / L. G.D.J., París, 1959.

TORNO MAS, "Inaplicación de la Ley por los Tribunales contencioso-Administrativo", R.E.D.A., nº 22, p. 453 y s.

TOT, J., "Les droits de l'homme et la theorie du Droit", en R. Cassin, *Amicorum discipulorumque liber*, IV, *Methodologie des droits de l'homme*, Pedone, París, 1972.

TOUCHARD, J., "Histoire des Idées Politiques", P.U.F., París, 1959. Trad. de J. Pradera, Tecnos, 1961, 3ª ed., Madrid 1969.

TRENTIN, S., "La crise du droit et de l'Etat", Alcan., París, 1936.

TREVES, R., "Liberté politica e verità", Edizioni di Comunità, Milán, 1962.

_____ "El socialismo liberal en Italia: algunos capítulos de su historia", *Revista Sistema*, nº 7, octubre, 1974, p. 5-14.

TROELTSCH, E., "El protestantismo y el mundo moderno", versión castellana del F.C.E., 1ª ed. alemana de 1911, México, 1ª ed., 1951.

TROPER, "La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française", L.G.D.J., París, 1980.

TRUJILLO, G., "La Constitucionalidad de las leyes", Facultad / de Derecho de la Universidad de La Laguna, Secretariado de --/ Publicaciones, 1970.

TRUYOL Y SERRA, "Los derechos humanos", Tecnos, Madrid, 1968.
_____ "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", --/ *Revista de Occidente*, Madrid, vol. I, 1954; vol. II, 1975.

ULLMANN, W., "Principles of Government and Politics in the / Middle Ages", Methuen, Londres, 1961. Traducción de G. Soriano
"Principios de Gobierno y política en la Edad Media", *Revista de Occidente*, Madrid, 1971.

ULL PONT, E., "El defensor del pueblo", en "Lecturas sobre la Constitución española", vol. II, UNED, Madrid, 1978.

UREÑA, E. M., "La teoría crítica de la sociedad en Habermas", Tecnos, Madrid, 1978.

URIBE VARGAS, D., "Los derechos humanos y el sistema interamericano", Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1973.

VACHET, A., "L'ideologie liberal: L'individu et sa propriété", Ed. Anthropos, 1970. Traducción de P. Fernández y otros, "La ideología liberal", Ed. Fundamentos, dos volúmenes, Madrid, -/ 1972.

VADROT, C.N.; "Declaration des Droits de la Nature", Editions Stook, París, 1973.

VARELA, S., "La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional comparado", en "Lecturas sobre la Constitución española", vol. I, UNED, Madrid, 1978, p. 13 y s.

VARELA, S., y SATRUSTEGUI, I., "Constitución nueva y leyes viejas", en Revista de Derecho Político, UNED, otoño, 1979.

VARELA FEIJOO, J., "La protección de los derechos humanos", Ed. Hispanoeuropea, Barcelona, 1972.

VARELA ORTEGA, "Los amigos políticos. Partidos, elecciones y / caciquismo en la Restauración (1875-1900)", Alianza Universidad, Madrid, 1977.

VARIOS: "Stato di Diritto e Stato di giustizia", VI Congreso / italiano de Filosofía del Derecho (Pisa 1963), Giuffrè, Milano, 1964.

VARIOS: "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

VARIOS: "La Costituzione Spagnola nell trentennale della Costituzione italiana", Jornadas organizadas por la Scuola di Perfezionamento in Scienze Administrative, A. Forni, Bologna, 1978.

VARIOS: "Lecturas sobre la Constitución española", 2 volúmenes, coordinación T.R. Fernández, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978.

VARIOS: "Una Costituzione democratica per la Spagna", G. de Vergottini ed., Franco Angeli, Milán, 1978.

VARIOS: "Constitución española", Edición comentada por los profesores, Sánchez Agesta, Lucas Verdú, G. Trujillo y P. de Vega, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

VARIOS: Revista de Política Social, nº 121, enero-marzo, 1979. Monográfico sobre la Constitución y el Derecho Laboral. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

VARIOS: "Estudios sobre la Constitución española de 1978", edición preparada por M. Ramírez; Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Pórtico, 1979.

VARIOS: Revista de Estudios Políticos, nº 7, nueva época, enero-febrero, 1979, monográfico sobre garantías constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

VARIOS: "La Constitución española y las fuentes del Derecho", 3 volúmenes, Dirección General de lo Contencioso del Estado, / Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

VARIOS: "Los derechos humanos y la Constitución de 1978", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 2, monográfico, Madrid, 1979.

VARIOS: "Comentarios a la Constitución" por Garrido Falla, Cazorla, Entrena Cuesta y otros, Civitas, Madrid, 1980.

VARIOS: "La Constitución española de 1978". Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980.

VASAK, K., "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", / L.G.D.J., París, 1964.

_____, "Le droit international des droits de l'homme" Revue des Droits de l'Homme, Pedone, París, 1972.

_____, "Vers un droit international spécifique des droits de l'homme", en "Les dimensions internationales des droits de l'homme", Manual destinado a la enseñanza de los derechos del hombre en las universidades patrocinado por la UNESCO, K. Vasak, rédacteur générale, París, 1978.

VATTEL, E., "Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et de souverains", Londres, 1758. Traducción de M. Pascual Hernandez, / Imprenta de Sancha, Madrid, 1820.

VEDEL, "Manuel élémentaire du Droit constitutionnel", Sirey, / París, 1949.

VEGA, P. de "La reforma constitucional", en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", C.E.C., Madrid, 1978.

_____, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", Revista de Estudios Políticos, nº 7, Madrid, 1979.

VEGLERIS, P., "Preliminaire à la methodologie des droits de l'homme", en R. Cassin, Amicorum discipulorumque liber, IV, / Methodologie des droits de l'homme, Pedone, París, 1972, p. 19-30.

VERDROSS, A., "Völkerrecht", 4ª ed., en colaboración con K. Zemanek, Springer Verlag, Wien, 1961. Traducción de A. Truyol, "Derecho Internacional Público", Aguilar, 3ª ed., Madrid, 1973.

VILADRICH, "Los principios informadores del Derecho eclesiástico español", en "Derecho eclesiástico español", obra colectiva publicada en EUNSA, Pamplona, 1980, p. 221 y s.

VILLAR PALASI, "Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas", Madrid, 1968.

VILLARROYA, J.T., "El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución", en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", C.E.C., Madrid, 1978.

VILLEFOSSE, L. de "Geographie de la liberté" (des droits de l'homme dans le monde), 1953-1964, Robert Laffont, París, 1965.

VILLEY, M., "Droit subjectif (la genèse chez Guillaume d'Occam)" en "Seize essais de Philosophie du Droit", Dalloz, 1969.

_____, "Philosophie du Droit. Définitions et fins du Droit", / Dalloz, París, 1975.

_____, "La formation de la pensée juridique moderne", Ed. Montchrestien, París, 1975.

_____, "Critique de la pensée juridique moderne", Dalloz, París, 1976.

VICENT, J.M., HIRSCH, J., WIRTH, M., ALVATER, E., YAFFE, O., / "L'Etat contemporain et le marxisme", Maspero, París, 1975.

VIRGA, P., "Libertà giuridica e diritti fondamentali", Milano, 1947.

_____, "Diritto Costituzionale", 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1976.

VISSER'T HOOFT, "La philosophie du langage ordinaire et le droit", en Archives de Philosophie du Droit, vol. XVII, París, 1972.

VOLNEY "La loi naturelle au Catéchisme du citoyen français", / édition complète et critique (textes de 1793 y 1826) par Gaston-Martin, A. Colin, París, 1934.

VOLTAIRE, "Commentaire sur le livre des délits et des peines", de Beccaria; Capítulo XIV, "Oeuvres complètes", Baudouin Frères, 2ª ed., París, 1926, vol. XXXIX, (vol. II, de Politique / et Legislation). Versión española, "Comentario sobre el libro de los Delitos y de las Penas", en "Tratado de los Delitos y de las Penas", Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, 1978.

_____, "Dictionnaire Philosophique", (voix "Lois"), vol. VI; en "Oeuvres complètes", Baudouin Frères, 2ª ed., París, 1926, vol. LVI.

_____, "Lettres sur l'Angleterre", Lettre IX, en "Oeuvres complètes", Baudouin Frères, 2ª ed., París, 1926, vol. XXXV.

_____, "Pensamiento sobre la Administración pública", XX en -/ "Opúsculos satíricos y filosóficos", Prólogo de C. Pujol, trad. de Carlos R. de Dampierre, Alfaguara, 1978.

VUGHT, G., "La conciliation de la liberté individuelle et la sécurité de l'Etat en Droit Français", Ed. Cujas, París, 1963.

WALINE, M., "L'individualisme et le droit", Domat-Montchrestien, París, 1945.

WELZEL, H., "Naturrecht und materiale gerechtigkeit", 4ª ed., Gotinga, 1962. Trad. de F. González Vicen, "Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material", / 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1971.

WOLF, E., "Das problem der Naturrechtslehre", 1ª edición alemana, 1955. Trad. de M. Entenza, "El problema del Derecho Natural", Ariel, Barcelona, 1960.

ZANFARINO, A., "La libertà dei moderni nel costituzionalismo / di B. Constant", Giuffrè, Milano, 1961.

ZAPATERO, V., "Marxismo y Etica", Introducci3n al volumen "Socialismo y Etica: textos para un debate", Ed. Pluma-Debate, -/ Bogotá, 1980. Antes aparecido con el título "Marxismo y Filosofía" en Revista Sistema, nº 19, julio, 1977.

ZOLO, D., "La teoria comunista dell'estinzione dello Stato", / de Donato, Bari, 1974.

